Princípios do Direito Internacional Contemporâneo

Antônio Augusto Cançado Trindade

Princípios do Direito Internacional Contemporâneo

2ª Edição
(revista e atualizada)

Brasília – 2017

Direitos de publicação reservados à
Fundação Alexandre de Gusmão
Ministério das Relações Exteriores
Esplanada dos Ministérios, Bloco H
Anexo II, Térreo
70170-900 Brasília–DF
Telefones: (61) 2030-6033/6034
Fax: (61) 2030-9125
Site: www.funag.gov.br
E-mail: funag@funag.gov.br

Equipe Técnica:

Eliane Miranda Paiva
André Luiz Ventura Ferreira
Fernanda Antunes Siqueira
Gabriela Del Rio de Rezende
Luiz Antônio Gusmão

Projeto Gráfico:

Ademir da Rosa

Programação Visual e Diagramação:

Gráfica e Editora Ideal

Capa:

Imagem da Coleção de Baixos-Relevos do Museu Cívico Arqueológico, de Bolonha, Itália, por A.A. Cançado Trindade.

Impresso no Brasil 2017

T833 Cançado Trindade, Antônio Augusto.
Princípios do direito internacional contemporâneo / Antônio Augusto Cançado Trindade. – 2. ed. rev. atual. – Brasília : FUNAG, 2017.

463 p. - (Direito internacional)

ISBN 978-85-7631-720-3

1. Direito internacional público. 2. Fontes do direito. 3. Princípios gerais do direito. 4. Responsabilidade do Estado. 5. Nações Unidas (ONU). I. Título. II. Série.

CDD 341.1

Depósito Legal na Fundação Biblioteca Nacional conforme Lei n° 10.994, de 14/12/2004.

SUMÁRIO

Parte II – Estados: responsabilidade

Capítulo 5

Capítulo 6

APRESENTAÇÃO

Sérgio Eduardo Moreira Lima[*]

É com satisfação que a Funag publica a 2ª edição, revista e atualizada, de *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, de Antônio Augusto Cançado Trindade. Trata-se do texto inaugural da extensa bibliografia do grande jurista brasileiro, reeleito, em 9 de novembro de 2017, pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas para seu segundo mandato como juiz da Corte Internacional de Justiça (CIJ) na Haia. É o primeiro brasileiro que logrou tal distinção, o que destaca suas qualidades e seus méritos. Ela o coloca em companhia dos maiores e torna seus escritos fonte necessária de consulta e de inspiração a novas vocações. Gerações de estudiosos descobrirão no conjunto de seu trabalho não só a perspectiva do pensamento autônomo, como também a renovação da contribuição de juristas brasileiros ao direito internacional público. Sua obra ilumina a gênese e realça a importância dos princípios do direito internacional contemporâneo.

A trajetória do autor, como professor, consultor jurídico do Itamaraty, presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos e membro da CIJ, desde 2009, revela seu compromisso

* Embaixador e presidente da Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG).

com o direito e a justiça, e com a crença na expansão da jurisdição internacional como forma de enfrentar os graves desafios do nosso tempo. A partir de uma sólida base moral e acadêmica, sua visão de mundo, enriquecida pela prática, mostra o humanista e o pensador, capaz de marcar a doutrina latino-americana para o desenvolvimento progressivo do direito internacional. Ao fazê-lo, prepara com seu tão extenso labor de interpretação e formulação jurídicas um legado próprio que se fundamenta nos clássicos, mais em Francisco de Vitoria do que em Grotius.

Como conceitos gerais e abstratos, mas parte do direito positivo, os princípios representam, no plano interno, as diretrizes primeiras do ordenamento jurídico, que se situam no vértice do sistema legal e servem como orientação básica para a organização do Estado a partir de preceitos constitucionais. No sistema internacional, cumprem a função de guia moral e jurídico a partir do conjunto de regras que formam o direito das gentes. Enquanto na jurisdição interna prevalece o "rule of law", ou seja, o reconhecimento de direitos inalienáveis e o dever do cumprimento de obrigações sob pena de sanções pelos poderes do Estado, na ordem externa, a adjudicação internacional tem sido, tradicionalmente, baseada no consentimento das partes e no reconhecimento da soberania no tocante aos atos de império.

A Carta das Nações Unidas, os Estatutos dos órgãos por ela criados e os tratados firmados sob sua égide constituem uma inflexão nesse processo com o reconhecimento da necessidade de estabelecer ordenamento mínimo contra a tendência caótica que prevaleceria na relação entre nações soberanas e independentes à falta de regras consensuais por todos respeitadas. Tradicionalmente, os padrões internacionais têm observado postulados como o da liberdade, igualdade e efetividade, que diferem dos princípios gerais dos sistemas nacionais no seu

aspecto coercitivo, juridicamente obrigatório e sancionável. No entanto, após a destruição provocada pelas duas guerras mundiais, a comunidade internacional estabeleceu princípios e aspirações compartilhados de boa-fé pelos Estados-membros e fundou uma organização, as Nações Unidas, como garantia da realização dos propósitos e guardiã desses valores comuns, sobretudo os ideais da paz e da justiça.

Não se trata de um resultado acabado, de prescrições definitivas, ao contrário, as Nações Unidas têm contribuído para promover os aperfeiçoamentos necessários nesse processo normativo e evolutivo, como no caso da descolonização, no estabelecimento dos princípios que devem reger a relação amistosa entre os Estados, na proteção aos direitos humanos e na promoção do desenvolvimento sustentável. Os princípios fundamentais do direito internacional representam conjunto de prescrições de ordem moral e progressivamente jurídica que norteiam os Estados, estabelecendo padrões de conduta que corresponderiam aos princípios constitucionais da comunidade internacional.

Esses princípios encontram-se definidos no artigo 2 da Carta das Nações Unidas, segundo o qual os países membros, para a realização dos propósitos da organização, agirão de acordo com os princípios da igualdade soberana dos Estados, da boa-fé, da resolução pacífica das controvérsias – com a consequente proibição do recurso à força –, da assistência às ações da ONU, da universalidade, com a aplicação desses dispositivos aos países não membros da organização, e da não intervenção nos assuntos internos de outros Estados.

A título de exemplo recente da aplicação desses princípios, num voto dissidente de 2016, sobre questão relacionada à obrigação dos Estados detentores de armas nucleares de negociarem de boa-fé o desarmamento, como prevê o Tratado de Não Proliferação

de Armas Nucleares, Cançado Trindade sustentou, no âmbito da CIJ, que teses sobre a legitimidade da estratégia de dissuasão não possuem fundamento jurídico. Nesse sentido, a primazia deveria caber, no caso, aos princípios gerais do direito e aos valores comuns superiores da comunidade internacional. Defendeu, assim, tratar-se de tema que afeta a humanidade como um todo, e concluiu que a razão da humanidade deve prevalecer sobre a razão do Estado.

A importância dessas decisões, nas circunstâncias históricas em que vivemos, revela não apenas os atributos do jurista, mas, sobretudo, a estatura moral e o destemor do intelectual, cuja causa é servida não por interesses ou conveniências políticas, mas pelos princípios da *recta ratio*, que decorrem da consciência humana e da relação entre o direito e a ética. São esses os argumentos que remetem à noção do bem comum, aos conceitos de liberdade, de igualdade e de justiça, e ao respeito devido pelos indivíduos e pela sociedade das nações a esses postulados em defesa dos valores mais altos da humanidade.

O mérito dessa doutrina reside na sua consonância com as aspirações perenes do gênero humano e das sociedades no sentido de preservar a paz, realizar a justiça e promover o desenvolvimento. Tais propósitos foram, finalmente, consagrados na Carta de São Francisco, apesar das exceções ao princípio da igualdade jurídica dos Estados, que se imagina possam ser corrigidos com o tempo e a dinâmica das relações internacionais. De todo modo, o direito internacional tem evoluído, mercê dos seus princípios gerais, e sobrevivido às tentativas de desconstrução dos arautos do unilateralismo e do uso arbitrário da força. Esses princípios e a leitura que deles fazem juristas como Cançado Trindade são responsáveis por manter viva a consciência da necessária prevalência do direito sobre a força. O Direito Internacional criou

meios mais efetivos de resolução das disputas internacionais e promoveu avanços nas soluções judiciais e arbitrais.

O livro do eminente professor e juiz brasileiro inaugurou uma contribuição doutrinária pessoal que complementa a herança dos grandes juristas latino-americanos na defesa de princípios e valores do multilateralismo. Tiveram estes seu marco na Segunda Conferência da Paz de Haia de 1907, com os desenvolvimentos quanto ao princípio fundamental da igualdade jurídica dos Estados, ao recurso à arbitragem e ao não uso da força, ao fortalecimento da jurisdição internacional, ao acesso direto dos indivíduos à justiça internacional, avanços que seriam mais tarde consagrados na Carta das Nações Unidas e em tratados subsequentes.

Princípios do Direito Internacional Contemporâneo não se limita à filosofia do direito. Mais que um exercício sobre princípios abstratos, trata-se de um verdadeiro curso de introdução ao direito internacional público, que permitirá aos leitores visão da disciplina e de sua importância para as relações internacionais e para a política externa brasileira. A obra de Cançado Trindade, que a Funag se orgulha de ter publicado, na parte relativa ao seu trabalho como consultor jurídico, no *Repertório da Prática do Direito Internacional Público*, em seis volumes, já constitui referência necessária a diplomatas e estudiosos das relações internacionais e a todos os brasileiros. É subsídio importante aos que acreditam poder com sua contribuição elevar o nível do conhecimento e do debate no Brasil dos nossos dias. E, assim, projetar a tradição jurídica brasileira, de uma perspectiva distinta, perante a comunidade das nações no ordenamento e na governança internacionais, a partir da experiência de uma das maiores democracias do mundo e de seus pensadores.

Brasília, 18 de novembro de 2017.

PRÓLOGO

Jean Michel Arrighi[*]

A honra de poder escrever umas linhas introdutórias a esta nova edição dos *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo* de Antônio Augusto Cançado Trindade me obriga a algumas reflexões pessoais que quero compartilhar com os leitores desta obra, e em particular com as novas gerações de estudantes e juristas.

Já há muitos anos tenho sido e sou um leitor assíduo deste livro. Sempre havia pensado que lograr em um pequeno livro tanta riqueza de conhecimento, saber condensá-lo, resumi-lo e apresentá-lo seria o logro somente depois de anos e anos de estudo, de tomos e tomos escritos, do exercício contínuo da docência e da atividade jurídica. Havia me equivocado com este livro do professor Cançado Trindade: é este seu primeiro livro, publicado em 1981, ainda antes da publicação de sua tese de doutorado em Cambridge sobre o esgotamento dos recursos internos no direito internacional (1983), antes de seu *Repertório da Prática Brasileira de Direito Internacional Público* (seis tomos, 1984-1988), de seu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos* (três tomos, 1997), e, por certo, muitíssimo antes de seu magistral Curso Geral

* Consultor jurídico da Organização dos Estados Americanos (OEA), ex-professor de Direito Internacional Público da Universidade do Uruguai e membro do *Institut de Droit International*.

de Direito Internacional Público ministrado na Academia de Direito Internacional da Haia (dois tomos, 2005). O presente livro foi também escrito antes de ser ele designado consultor jurídico do Itamaraty, de ser juiz e presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e de ser eleito juiz da Corte Internacional de Justiça. Em uma palavra, foi o livro de um debutante com a precisão e clareza do livro de um sábio.

Hoje o jurista reconhecido, o autor prolífico, o docente de vários continentes, o juiz do tribunal universal, revisita sua primeira obra com o olhar de quem já conhece tudo do direito internacional, seus logros, suas carências e seus desafios futuros. Nada mais oportuno. Chega ao leitor – e penso sobretudo no jovem leitor – em um momento em que é mais do que nunca necessário o conhecimento do direito internacional.

É ampla e rica a tradição de autores latino-americanos, e em especial brasileiros, do direito internacional. É importante a marca que têm deixado no desenvolvimento jurídico, desde meados do século XIX até o presente. Mas lamentavelmente os centros de estudos da região, nossas faculdades de direito, têm, em sua grande maioria, diminuído consideravelmente as horas de ensino do direito internacional, quando não as tiverem suprimido para torná-la uma disciplina não obrigatória. E, no entanto, vivemos um tempo em que é muito difícil imaginar uma situação qualquer no âmbito interno que não esteja, também, regulada por normas internacionais. Todos nós estamos sujeitos e temos direitos que nos outorgam ambos ordenamentos jurídicos, o nacional e o internacional.

Por isso nunca foi tão necessário como agora que o jurista, juiz ou advogado que opera no âmbito interno conheça, ademais de seu direito nacional, a normativa internacional, seus princípios, suas regras de interpretação, seus mecanismos de aplicação.

A circulação de pessoas, de bens, de informação, a cooperação jurídica e judicial imprescindível para a proteção dos direitos individuais, para o combate às mais variadas formas de delinquência transnacional, a regulamentação das comunicações em suas mais diversas modalidades, exigem um conhecimento cada vez maior dos desenvolvimentos no campo do direito internacional. Não são normas que nos sejam estranhas e só necessárias ser conhecidas e compreendidas por um pequeno grupo de especialistas; são normas que fazem a nossa vida quotidiana.

O acesso à informação por vias eletrônicas faz com que grande parte da documentação internacional (texto de convenções ou outras normas) que antes era difícil de ser conhecida, hoje possa ser lida imediatamente em qualquer computador. A dificuldade já não está na informação normativa. Tornam-se obsoletas as volumosas recompilações de convenções, rapidamente superadas.

O mais difícil, o insubstituível, é a formação dos juristas no conhecimento das regras, critérios e princípios que fazem a própria existência do direito internacional; é saber como devem eles servir para a compreensão das normas hoje vigentes assim como as que dia a dia se vão elaborando. Em que pese tudo o que se possa dizer criticamente a respeito da efetividade do direito internacional, é, apesar de tudo, o ordenamento jurídico que hoje tem o maior grau de cumprimento: a mensagem (eletrônica) que chega, o televisor que recebe canais do exterior, o indivíduo que cruza uma fronteira, o avião que aterrissa, o fazem em observância de normas internacionais. Cumpre-se mais que as normas penais, civis ou comerciais.

Mas há que dar ao estudante, ao juiz e ao advogado os instrumentos que os permitam compreender e apreender o direito internacional, suas fontes, seus fundamentos, as consequências da ação do Estado, a função das organizações internacionais, e o protagonismo último do indivíduo. Sem um bom entendimento de

tudo isto a norma internacional ou será desconhecida ou não será bem aplicada.

Todos os que nos dedicamos a difundir o direito internacional em nosso continente sentimos a falta de um texto ao mesmo tempo claro e preciso – como o da presente obra de Cançado Trindade – que desenvolva a perspectiva histórica, a evolução e o futuro do direito internacional. Hoje se encontra ele novamente disponível ao leitor brasileiro, e em uma edição revista e atualizada com o tempo, a sabedoria e a experiência. Tenho a certeza de que sua difusão ao resto do continente fará deste livro o texto básico para o conhecimento do direito internacional em todos os países latino-americanos.

Não é meu propósito aqui resumir ou comentar ponto a ponto os capítulos deste livro: nada substitui sua leitura e o juízo que o leitor faça sem necessidade de orientação. Já o Prefácio do professor Vicente Marotta Rangel à 1ª edição faz uma análise do livro detalhada e precisa. Tampouco me permitiria resumir em poucas linhas as contribuições do professor Cançado Trindade ao direito internacional geral, ao direito internacional dos direitos humanos, à jurisprudência interamericana e agora à jurisprudência universal, centrando-se sempre em seu objeto último, o indivíduo. Há algum tempo numerosos e destacados juristas o fizeram, nos seis tomos do *Liber Amicorum* a ele dedicados em 2005 e em 2011. Mais recentemente, a coleção *Doctrines* (Édit. Pédone de Paris) consagrou um volume ao estudo de suas principais contribuições ao “direito internacional para a pessoa humana”[1].

Estou seguro de que esta nova edição dos *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo* de Antônio Augusto Cançado Trindade vem preencher um vazio de anos na difusão atualizada

1 A. A. Cançado Trindade. *Le Droit international pour la personne humaine.* Paris: Pédone, 2012, p. 45-368.

do direito internacional e servirá para que o ensino do direito internacional adquira definitivamente o lugar importante que deve ter na formação de nossos futuros juízes, advogados, legisladores, diplomatas.

Washington, D.C., 31 de agosto de 2017.

PREFÁCIO À 2ª EDIÇÃO

Antônio Augusto Cançado Trindade

A preparação da reedição da presente obra foi para nós um exercício único e sem precedentes, dado o longo lapso de tempo entre a 1ª e a 2ª edições (1981 e 2017), excedendo três décadas e meia. Procedemos a este exercício movidos em parte pelo incentivo a que o fizéssemos por parte de amigos de longa data, como os autores da Apresentação e Prólogo desta 2ª edição, respectivamente o embaixador Sérgio Moreira Lima, presidente da Funag, e o Dr. Jean Michel Arrighi, consultor jurídico da Organização dos Estados Americanos (OEA); também guardamos saudosa memória do autor do Prefácio à 1ª edição, o professor Vicente Marotta Rangel, nosso *confrère* no *Institut de Droit International* por vários anos.

Ao escrevermos o prefácio à presente 2ª edição, cabe-nos de início ressaltar que nossos esforços em reeditar a presente obra foram consideráveis: mais além da sensação de trazer o passado ao presente, constatamos que, ademais de não ser fácil visualizar o futuro próximo, é ademais preocupante reviver o passado que se distancia. Viver no tempo que passa é um contínuo aprendizado. Ainda mais, trata-se talvez do maior enigma da existência humana. Este aprendizado se viabiliza quando nos reconhecemos no passar do tempo: no tocante à presente obra, este reconhecimento de si

mesmo se dá na fidelidade aos princípios do direito internacional ao longo dos anos.

Ao proceder a uma breve retrospectiva, nos recordamos, por exemplo, que, pouco após a 1ª edição deste livro, na segunda metade na década de oitenta, emitimos alguns Pareceres históricos como consultor jurídico do Itamaraty, hoje por ele publicados (como, *e.g.*, os Pareceres, entre 1985 e 1989, em que suscitamos e apresentamos os fundamentos para a decisão de adesão do Brasil aos tratados gerais de direitos humanos e para sua aceitação da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIADH) em matéria contenciosa)[1]. Isto nos torna efetivamente a pessoa responsável pela fundamentação jurídica da decisão do Brasil de inserção no *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos de nossos tempos[2], com atenção particular aos princípios do direito internacional.

Em seguida, também nos recordamos da primeira década dos anos 90, época em que participamos do memorável ciclo das Conferências Mundiais das Nações Unidas, e inclusive como membro do Comitê de Redação da II Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena em 1993 (de onde emana nosso *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2ª edição, em 3 tomos), recorrendo continuadamente aos princípios do direito internacional.

Em sequência, ao longo da década de noventa (e posteriormente até meados da década passada), muitas foram as

---

1 Pareceres reproduzidos in: A. P. Cachapuz de Medeiros (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty* (1985-1990 – Pareceres de A. A. Cançado Trindade), v. VIII. Brasília: Ministério das Relações Exteriores/Senado Federal, 2004, p. 57-105, 369-377 e 542-616.

2 A. A. Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. III. Porto Alegre: S.A. Fabris Ed., 2003, Addendum III, p. 597-643; A. A. Cançado Trindade. A *Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas*. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 1-214; A. A. Cançado Trindade. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, p. 519-638.

lições que extraímos de nossa experiência acumulada na solução de importantes questões internacionais (como, *inter alia*, o ciclo dos casos de massacres adjudicados pela CtIADH[3], o caso da independência do Timor-Leste, em que emitimos um parecer para as negociações tripartites Nações Unidas/Portugal/Indonésia, em 1999, em favor da independência do Timor-Leste; o caso da crise institucional da Nicarágua, de 1993-1994, em que emitimos um parecer para a OEA como membro integrante de sua Comissão de Investigação (*Fact-Finding*); o caso do ingresso da Federação Russa no Conselho da Europa como Estado Parte na Convenção Europeia de Direitos Humanos, em que emitimos outro parecer, em 1995, para o Conselho da Europa[4]; as Consultas decenais do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) – em que atuamos consultor jurídico *ad honorem* do ACNUR – na América Latina e Caribe, de 1994 a 2014.

Durante nossa era na CtIADH, e, nesta última década, durante nossa atual era na CIJ aqui na Haia, temos emitido, como magistrado internacional, numerosos votos, sucessivamente em duas jurisdições internacionais, inclusive na adjudicação de casos que revelam a dimensão assustadora da crueldade humana, e novamente com a devida atenção constante aos princípios do direito internacional. Por exemplo, no tocante à CIJ, temos aqui mantido a postura humanista que sempre sustentamos, como, *e.g.*, *inter alia*, nos casos recentes da *Convenção contra o Genocídio* (2015), assim como do *Desarmamento Nuclear* (2016), em que, face à posição restritiva das decisões da CIJ, emitimos quatro

3 A. A. Cançado Trindade *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice*. Utrecht: Universiteit Utrecht, 2011, p. 1-71.

4 Cf., para a lições extraídas destes Pareceres, A. A. Cançado Trindade. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, p. 273-322, 723-745 e 1039-1109.

extensos e contundentes votos dissidentes[5], que vêm tendo ampla repercussão nos círculos jurídicos internacionais.

Hoje, nossas *Memórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos* (4ª edição, 2017) contêm o relato de uma época de histórica e memorável construção jurisprudencial[6], em particular nos anos em que a presidimos (1999-2004). Tal construção, realizada em nossos anos na CtIADH, é hoje internacionalmente reconhecida[7], e nossos Votos são hoje estudados em distintas latitudes[8]. Nestes Votos sempre destacamos a importância fundamental dos princípios do direito internacional, a exemplo de nosso Voto Concordante, de tanta atualidade, no Parecer Consultivo n. 18 da CtIADH sobre *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados* (de 17/9/2003)[9].

5 Cf., recentemente, A. A. Cançado Trindade. La responsabilité de l´État sous la Convention contre le Génocide: Plaidoyer en defense de la dignité humaine. XLII *Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano*, 2015. Washington D.C.: Secretaría General de la OEA, 2015, p. 187-404; A. A. Cançado Trindade. A Plea in Support of Prompt Compliance with the Obligations of Cessation of the Nuclear Arms Race and of Nuclear Disarmament. XLIII *Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano*, 2016. Washington, D.C.: Secretaría General de la OEA, 2016, p. 151-284; A. A. Cançado Trindade. *A Obrigação Universal de Desarmamento Nuclear/The Universal Obligation of Nuclear Disarmament*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2017, p. 41-224.

6 A. A. Cançado Trindade. *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional – Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 4ª ed. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2017, p. 1-441.

7 Particularmente por sua valiosa contribuição a temas como os das medidas provisórias de proteção, das formas de reparação, da conceitualização do dano ao projeto de vida (mais além do dano moral) e ao projeto de pós-vida (dano espiritual), e da determinação da incompatibilidade das leis de autoanistia com a normativa de proteção internacional da pessoa humana (cujo caráter pioneiro – a partir do caso *Barrios Altos* de 2001 – veio a ser reconhecido inclusive na jurisprudência de outros tribunais internacionais).

8 Cf., e.g., a coletânea A. A. Cançado Trindade. *Esencia y Transcendencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2008)*, v. I-III. 2ª ed. rev. México D.F.: Ed. Cámara de Diputados, 2015, v. I, p. 3-687; v. II, p. 3-439; v. III, p. 3-421.

9 Para um estudo geral, cf. A. A. Cançado Trindade. *El Principio Básico de Igualdad y No-Discriminación: Construcción Jurisprudencial*. Santiago de Chile: Ed. Librotecnia, 2013, p. 39-748; A. A. Cançado Trindade. Le déracinement et la protection des migrants dans le Droit international des droits de l'homme. *Revue trimestrielle des droits de l'homme*. Bruxelles, v. 19, n. 74, 2008, p. 289-328.

Como magistrado internacional temos emitido – nesta última década também no seio da CIJ – numerosos Votos, sucessivamente em duas jurisdições internacionais, inclusive na adjudicação de casos que revelam graves violações dos direitos da pessoa humana, e novamente com a devida atenção constante aos princípios do direito internacional. Nossos Votos até o presente, encontram-se hoje selecionados na Série "Juízes" da Editora Nijhoff/Brill, que contém apenas seis magistrados selecionados de 1945 até o presente (2017)[10].

Nosso livro *A Humanização do Direito Internacional* (2ª edição, 2015), contém, entre seus 37 capítulos, *inter alia*, uma análise das três décadas das mencionadas Consultas do ACNUR na América Latina e no Caribe (1994-2014), a partir dos Pareceres que preparamos para o ACNUR para a proteção de migrantes – em relação à qual nossa região assumiu uma posição de vanguarda em todo o mundo. O livro, como um todo, contém os fundamentos de nossa posição jusnaturalista na construção de um novo *jus gentium* humanizado, a mesma que temos sempre sustentado, inclusive no Curso Geral de Direito Internacional Público que ministramos na Academia de Direito Internacional da Haia em 2005[11].

Nosso legado na CtIADH foi o tema de outro Curso Geral que ministramos, em 2008, desta feita no Instituto Europeu de Direito Internacional em Florença, curso geral hoje publicado em livro pela

10 Cf. a coletânea *Judge A. A. Cançado Trindade – The Construction of a Humanized International Law – A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, v. I (Inter-American Court of Human Rights). Leiden: Brill/Nijhoff, 2014, p. 9-852; v. II (International Court of Justice). Leiden: Brill/Nijhoff, 2014, p. 853-1876; v. III, (International Court of Justice). Leiden: Brill/Nijhoff, 2017, p. 9-764. Ademais destas coletâneas, há outra, desta vez em língua francesa, em etapa final de produção, com sua publicação programada para o final deste ano de 2017 em Paris.

11 Somos o único jurista brasileiro a ter ministrado um Curso Geral (em 2005) em toda a história da Academia da Haia até o presente (1923-2017), em cujo *Curatorium* temos a honra de representar hoje toda a América Latina, desde 2004.

Oxford University Press: nele examinamos a bandeira que sempre portamos do acesso direto dos indivíduos à justiça internacional, inclusive com um concreto Projeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos que preparamos para a CtIADH e apresentamos na OEA (a partir de 2001), que passou a figurar durante sete anos (até 2008) nas agendas da sua Assembleia Geral e de seu Conselho Permanente. No entanto, até o presente tem infelizmente prevalecido a força da inércia.

Há casos, tanto na CIJ como na CtIADH, de cuja adjudicação jamais nos esqueceremos. Por exemplo, na CIJ, tomemos o caso do *Templo de Préah Vihéar* (Camboja *versus* Tailândia): quando inicialmente estudamos a Sentença original de 1962 neste caso, na mesma década, jamais poderíamos imaginar que, meio século depois, estaríamos adjudicando como juiz da CIJ a Interpretação de Sentença (2011-2013) no mesmo caso. Participamos, ademais, na CIJ, da decisão do caso da *Obrigação de Julgar ou Extraditar* (Bélgica *versus* Senegal, 2009-2012), relativo ao "processo Hissène Habrè", em que, pela primeira vez na história, um tribunal internacional veio a determinar a aplicação do princípio da jurisdição universal.

Ademais, ainda na CIJ, no caso da *Disputa Fronteiriça entre Burkina Faso e Níger* (2013), participamos de sua decisão em que, pela primeira vez, a demarcação de fronteira tomou em devida conta – tal como assinalamos em nosso Voto Arrazoado – as condições de vida das populações locais nômades e seminômades. Anteriormente, na passagem do século, as decisões da CtIADH no caso dos *Meninos de Rua versus Guatemala* (1999-2001), asseguraram o acesso à justiça internacional de pessoas na mais completa vulnerabilidade. Pouco antes, a CtIADH, no caso *Blake versus Guatemala* (1997-1999), considerou os familiares próximos de desaparecidos como vítimas *diretas*, para os efeitos de reparações.

E os exemplos de casos inesquecíveis, que abriram caminho do direito internacional contemporâneo, se multiplicam.

Ademais da revisão de todos os capítulos que compõem nosso livro *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, a presente 2ª edição do mesmo contém dois capítulos novos, agora numerados III e X (este último contendo nossas conclusões). Deixamos claro, ao longo da obra, nosso entendimento de que são os princípios gerais do direito que atribuem ao ordenamento jurídico (nacional e internacional) sua inelutável dimensão axiológica, revelando os valores que o inspiram e se encontram em seus próprios fundamentos.

Dos *prima principia* (presentes na própria origem do Direito) emanam as normas e regras, que neles encontram seu sentido. A identificação dos princípios básicos tem acompanhado *pari passu* a emergência e consolidação de todos os ramos do Direito. No mundo de nossos dias, violento e imerso em profunda crise de valores, necessitamos manter-nos atentos aos princípios básicos nos fundamentos do próprio direito internacional.

Os princípios do direito internacional, encontrando-se nos próprios fundamentos da disciplina[12], são de perene valor, e têm resistido a sucessivas crises no cenário internacional e inclusive à erosão do tempo. É o caso, por exemplo, do princípio da igualdade jurídica dos Estados, que tem permanecido um dos pilares básicos do direito internacional, da II Conferência de Paz da Haia em 1907 até nossos dias (2017).

A Carta da ONU conferiu-lhe nova dimensão, com o sistema de segurança coletiva, no âmbito do Direito das Nações Unidas, a partir do entendimento de que a preservação da paz e segurança

---

12 A. A. Cançado Trindade. Foundations of International Law: The Role and Importance of Its Basic Principles. In: *XXX Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano – OEA*, 2003, p. 359-415.

internacionais constituem uma preocupação comum de toda a comunidade internacional. Não podemos prescindir dos princípios gerais do direito, abarcando os princípios do direito internacional, se quisermos alcançar um direito internacional verdadeiramente universal, no atual processo histórico de construção de um novo *jus gentium*[13] – tal como examinamos em Curso Geral que ministramos na Academia de Direito Internacional da Haia em 2005[14].

Uma década depois, em conferência ministrada mais recentemente na mesma Academia de Direito Internacional da Haia, assinalamos que a doutrina jusinternacionalista latino-americana tem, ao longo de sua projeção histórica, contribuído constantemente à evolução de diversos domínios do direito internacional, com atenção sempre voltada a seus princípios básicos. Tem, ademais, dado expressão ao entendimento de que a justiça internacional não se exaure na "vontade livre" dos Estados individualmente, mas emana, em última análise, dos ditames da consciência humana – sendo a consciência jurídica, como sempre sustentamos, a fonte *material* última do direito das gentes.

Ademais, as contribuições da referida doutrina ao desenvolvimento progressivo de nossa disciplina, com ênfase particular nos princípios gerais do direito internacional, apontam rumo a um direito internacional verdadeiramente universal, o novo *jus gentium* de nossos tempos[15]. Com isto, a doutrina jusinternacionalista latino-americana tem, ao longo das décadas, se mantido sempre fiel aos ensinamentos, na linha do jusnaturalismo, dos "pais

13 A. A. Cançado Trindade. *International Law for Humankind – Towards a New Jus Gentium*. 2ª ed. rev. Leiden/The Hague: Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013, p. 1-726.

14 Originalmente publicados nos tomos 316-317 de seu *Recueil des Cours*.

15 A. A. Cançado Trindade. The Contribution of Latin American Legal Doctrine to the Progressive Development of International Law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 376, 2014, p. 91-92.

fundadores" do direito das gentes (*droit des gens*), inclusive para dar resposta adequada aos novos desafios de nossos tempos[16].

Haia, 10 de setembro de 2017.

16 A. A. Cançado Trindade. Prefacio. In: P. Calafate e R. E. Mandado Gutiérrez (eds.). *Escuela Ibérica de la Paz (1511-1694) – La Conciencia Crítica de la Conquista y Colonización de América*. Santander: Ed. Universidad de Cantabria/Espanha, 2014, p. 40-109; A. A. Cançado Trindade. La Perennidad del Legado de los "Padres Fundadores" del Derecho Internacional. In: *Discurso del Acto de Investidura como Doctor Honoris Causa del Profesor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Madrid: Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 20/5/2016, p. 17-55.

PREFÁCIO À 1ª EDIÇÃO

*Vicente Marotta Rangel**

Desdobra-se em nosso país o estudo e o ensino do direito internacional público em quatro etapas, que refletem, preponderantemente, eventos básicos de períodos históricos sucessivos. A primeira se projeta desde a independência até a segunda Conferência da Paz, de Haia (1907); a segunda se intercala entre esta Conferência e a Guerra de 1914-1918; a terceira se localiza entre os dois conflitos armados mundiais; a quarta etapa flui a partir da II Guerra Mundial. Da interpenetração orgânica desses períodos e de sua ressonância, no direito das gentes se dava conta há mais de seis décadas, no decorrer da I Guerra Mundial, em página ainda repassada de atualidade, José Mendes, que o prelecionava na Faculdade de São Paulo: "O direito está para o organismo social", dizia ele, "como a veste para o organismo individual: um e outro acompanham o desenvolvimento do respectivo corpo. Cada fase da evolução social contém a fase anterior, com alguma coisa a mais. Cada fase é o resumo das fases anteriores, numa e noutra evolução". Em verdade, a simples menção das balizas que marcam o início e o fim de cada etapa nos sugere a profundidade das transformações

---

* Professor Titular de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, coordenador de Atividades Culturais da Universidade São Paulo e membro do *Institut de Droit International*.

por que têm passado as condições sociais e políticas da sociedade contemporânea, em que o direito internacional – como todo direito – se assenta.

O ensino do direito das gentes (segundo então era denominado) se iniciou com a instalação dos cursos jurídicos entre nós. Os professores que primeiro lecionaram matérias próprias a esse direito na Academia de São Paulo foram Avelar Brotero e Amaral Gurgel que alternadamente o regiam. Coube àquele escrever a primeira obra de direito internacional público no Brasil: *Questões sobre Presas Marítimas*, editada em 1836, em São Paulo, que surgiu, como se verifica, apenas quatro anos depois da edição dos *Princípios de derecho das gentes*, da autoria de Andrés Bello, obra marcante na bibliografia latino-americana. Prioridade do ensino em Olinda coube a Lourenço José Ribeiro e Pedro Autran da Matta e Albuquerque. Deste último, que prelecionou em Pernambuco por mais de cinco décadas, é a autoria dos *Elementos do Direito das Gentes segundo a doutrina dos escritores modernos,* editado em 1851. Com o escopo de completá-lo e atualizá-lo subsequentemente, dois outros cursos se publicaram no Recife, também da lavra de docentes da mesma Escola: as *Preleções de Direito Internacional*, de Antonio de Vasconcellos Menezes de Drummond, e *as Lições Elementares do Direito das Gentes*, de João Silveira de Souza, datadas de 1867 e 1889, respectivamente. Foram também editados na segunda metade do século passado os *Elementos de Direito Internacional Marítimo*, de Carlos Vidal de Oliveira Freitas, e os *Apontamentos para o Direito Internacional ou Coleção Completa dos Tratados Celebrados pelo Brasil*, de Antonio Pereira Pinto, repositório, em quatro volumes, de documentos de relevância nas relações exteriores de nosso país, editados entre 1864 e 1869[1]. Todas as publicações do século

1 E agora reeditados, decorrido mais de um século, na Coleção "Memória Jurídica Nacional": cf. Antonio Pereira Pinto, *Apontamentos para o Direito Internacional* (2ª edição, Introdução de Antônio Augusto Cançado Trindade), vols. I-IV, Brasília, Ministério da Justiça/ Imprensa Nacional, 1980.

passado estão como que a preparar o advento da obra marcante do primeiro período, os *Princípios de Direito Internacional*, de Lafayette Rodrigues Pereira, obra em dois tomos, publicada em 1902. Jurista de escol, no plano da teoria e da prática, avulta, como se sabe, na última etapa do primeiro período, a prolongar-se no segundo, o Barão do Rio Branco.

A participação do Brasil na II Conferência da Haia teve ampla repercussão entre nós e estimulou estudos em profundidade do direito internacional, a começar pelos realizados pelo próprio chefe da delegação brasileira à Conferência, Ruy Barbosa, e continuados com os *Elementos de Direito Internacional,* de autoria de Manoel Augusto de Sá Viana e *a Evolução do Direito Internacional,* de João Cabral, que vieram a lume em 1908, no Rio de Janeiro. Em 1911 Epitácio Pessoa divulgou o seu *Projeto de Código de Direito Internacional Público,* no Rio de Janeiro. Do mesmo ano e da mesma cidade é o *Direito Internacional Público* (com segunda edição em 1939), de Clovis Bevilaqua.

Durante a terceira etapa se editaram exposições sistemáticas como as de Raul Pederneiras, *Direito Internacional Compendiado* (1931) e de Braz de Souza Arruda, *Estrutura do Direito Internacional* (1938), sobressaindo-se o *Tratado de Direito Internacional Público,* em três tomos, de Hildebrando Accioly, editado entre 1933 e 1935 (com 2ª edição em 1956). Em 1936, publicaram-se no Rio de Janeiro, *Gênese e Evolução da Neutralidade, e Natureza Jurídica do Mar*, de autoria, respectivamente, de Linneu de Albuquerque Mello e Breno Machado Vieira Cavalcanti. Embora se dedicando ao direito internacional privado, Haroldo Valladão analisou temas de internacional público, a que deu desenvolvimento na etapa ulterior.

Desde o último conflito armado mundial, o direito das gentes, sem perder o sentido natural de continuidade no tempo e de sorte

a refletir o rumo e o espírito das mudanças por que tem passado a comunidade internacional, ampliou extraordinariamente seu âmbito de competência *ratione materiae;* sofreu o impacto perturbador dos fatores econômicos, sociais, políticos e tecnológicos; acolheu novos sujeitos específicos, desde o ser humano, reidentificado à luz do direito positivo como polo de irradiação e alvo de destino de todo ordenamento jurídico, até as organizações internacionais que, por seu turno, crescem, se diversificam e se reproduzem por si próprias; reavaliou as funções do Estado no contexto da sociedade global, embora sem desconhecer-lhe a presença e o prestígio de ator principal e indeclinável; acompanhou o relacionamento dos homens em escala planetária e indagou, subsequentemente, das condições dos cosmonautas e do regime jurídico dos corpos celestiais contactados; e voltou a perquirir dos valores fundamentais de convivência humana e de ordem jurídica respectiva. O desenvolvimento dos estudos do direito internacional público, em nosso país, tem estado a acompanhar-lhe as vicissitudes de transformação e relevância crescente, como atestam os trabalhos de docência, de pesquisa e de orientação conduzidos por eminentes juristas, que hoje o cultivam, com segurança e descortino, nas diversas cátedras e departamentos das universidades brasileiras, assim como na diplomacia.

Das obras publicadas no Brasil nessa quarta e última etapa, algumas a ela poderiam naturalmente pertencer por simples circunstância de ordem cronológica. Tal não ocorre com o livro que me cabe a honra aqui de proemiar, porquanto ele significa uma resposta sensível e vital a indagações essenciais que marcam a presença do direito das gentes *em* nossos dias. Situa-se ele, por sinal, no centro de convergência de três termos inseridos no título com que se denomina e se apresenta ao público: *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo.* O primeiro desses termos distingue a obra por mencionar *princípios,* aos quais ela deseja cingir-se, já que o seu escopo não consiste em expor a sistemática

diversificada, abrangente e complexa do direito das gentes, mas as diretrizes de temas nucleares e vitais, desdobrados em partes, quatro ao todo: fontes; responsabilidade dos Estados; competências das organizações internacionais; e, finalmente, posição internacional dos particulares. O segundo desses termos concerne ao próprio *direito internacional* cujas origens remontam, pelo menos em sua feição moderna, à época da descoberta do Novo Mundo, mas cujas estruturas e lineamentos sofrem o influxo das transformações sociais, a influência do progresso tecnológico e científico, o vigoroso condicionamento dos fatores políticos, econômicos, culturais. Trata-se, pois, a rigor, do *international law,* segundo a terminologia dos países de *common law,* do qual se exclui necessariamente o direito internacional privado, *conflict of laws*. Precisamente em razão do impacto dessas transformações, o terceiro dos termos inseridos no título consiste no qualificativo de *contemporâneo* outorgado a esse direito internacional, que se deseja entrever, difundir e analisar à luz dos eventos da década de oitenta, considerado na perspectiva dos momentos decisivos da sociedade global de que todos participamos como membros, mais expectadores do que protagonistas.

Teria a análise do direito das gentes contemporâneo o efeito de prescindir da busca desse direito em tempos menos recentes? A leitura dos ensaios componentes da obra autorizará resposta negativa e nos faz reconhecer neles a presença dos ensinamentos de José Mendes. O contemporâneo surge aí como resumo e complemento das fases anteriores, a que os ensaios recorrem toda vez que se faça necessário compreender e vistoriar os quadrantes e o cerne do direito perquirido.

I

Planejar e executar o livro, assentá-lo em bases científicas, alicerçadas em pesquisas e perquirições de rumos pioneiros, constitui o mérito de Antônio Augusto Cançado Trindade. A tarefa somente poderia ser levada a cabo por fino espírito de jurista, aprimorado por largo período de estudo e investigação científica[2]. Bacharel em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais onde já se distinguira com primeiro prêmio em direito civil (1971), mestre em direito internacional por Cambridge (1973), veio a coroar seus estudos na Europa ao alcançar, nessa prestigiosa Universidade inglesa o Ph.D. com a tese *Developments in the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, a qual lhe ensejou ser galardoado igualmente com o *Yorke Prize*, concedido ao autor da melhor das teses de doutoramento defendidas naquela Universidade, na área do direito internacional, e referente ao biênio 1977-1978. Do autor se pode aduzir estar ele a confirmar, assim, uma certa tradição dos docentes do direito das gentes em nosso país, a de preparação adequada em núcleos universitários do exterior, tradição essa firmada por Pedro Autran da Matta e Albuquerque que, antes de ensinar em Olinda o direito das gentes, havia na Universidade de Aix-en-Provence alcançado seu doutoramento no correr do mesmo ano em que se fundaram os cursos jurídicos em nosso país. A regência do ensino de direito internacional na Universidade de Brasília e no Instituto Rio Branco, assim como a Chefia do Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais da mesma Universidade, constituem natural corolário de fecundo período de habilitação e adestramento, começado em nosso país e aprimorado alhures.

2 Cf. a relação completa, até o presente, dos trabalhos de pesquisa do autor, editados em diversos países, *in* Apêndice *infra*, p. 265-268.

II

A parte concernente às fontes, com que o livro se inicia, desdobra-se em três capítulos: reavaliação das fontes do direito internacional público ao início da década de oitenta; princípios do direito internacional contemporâneo regendo as relações amistosas entre os Estados, e sua significação para essa reavaliação; e elementos para uma sistematização da prática desse direito. No tocante ao primeiro capítulo, a reavaliação das fontes é feita a partir da enumeração do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, sem, porém, tê-lo como "fórmula peremptória e exaustiva", e em função da inquirição de eventual relação hierárquica entre essas fontes. Poder-se-ia dizer, invocando tradição islâmica aludida por Giorgio dei Vecchio, quando Maomé fora chamado a responder como juiz a questionário de seu assistente, reportar-se a problemática das fontes ao momento crucial e inexorável de julgar. Analisou-as o autor, para tanto, minudentemente. Sopesou os elementos constitutivos e o processo de criação de regras costumeiras, mercê do exame dos casos *Lotus* e *do Asilo* outorgado a Haya de la Torre; a incidência sobre elas do processo de descolonização; os elementos probatórios do costume. Entrevistos à luz da Convenção de Viena, são os tratados internacionais focalizados nos diferentes aspectos de sua fenomenologia, sem prejuízo do exame de tópicos prévios como o do seu relacionamento com o princípio da soberania ou adicionais como o da significação das convenções não ratificadas. Quanto aos princípios gerais de direito, o autor indaga de seu conceito, sua natureza, sua exemplificação. Entende abrangerem as "decisões judiciais" não apenas as provenientes de tribunais internacionais (arbitrais e judiciais), mas também as emanadas de tribunais administrativos internacionais assim como de tribunais internos. Embora meio *auxiliar*, a doutrina comparece em áreas especificas e, sobretudo, na pro-

dução das sociedades científicas. Enquanto sujeita o parágrafo 2 do artigo 38 do Estatuto da Corte ao crivo de arguição vigilante, o autor ultrapassa o rol das fontes nesse artigo arroladas para perquirir da natureza e do alcance da questão quer dos atos jurídicos unilaterais, quer das resoluções das organizações internacionais, focalizando esta última indagação com lentes de microscopia e aparelhamento de megascópio. Desse instrumental se utiliza, a seguir, para perscrutar a Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados, adotada por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas, de 1970, tanto quanto o que o autor denomina, com pertinência, de Elementos para uma Sistematização da Prática do Direito Internacional em que inventaria as fontes disponíveis para essa finalidade.

III

No concernente à responsabilidade dos Estados – Segunda Parte do livro – o contencioso diplomático e os recursos de direito interno constituem objeto de investigação original e acurada. Quais as origens do princípio do prévio esgotamento dos meios internos de reparação? Vinculando-as à prática de represálias, desde a Idade Média, mostra o autor como, nas diversas etapas de seu desenvolvimento, esse princípio acabou por alcançar respaldo tanto na doutrina como na prática internacional, de sorte a haver se constituído desde os fins do século passado, em regra costumeira de direito internacional. Essa prática é examinada, com espirito crítico, até os dias correntes, no âmbito dos Estados europeus, dos Estados americanos, e particularmente do Brasil.

Dados os vínculos estreitos entre a regra do esgotamento dos recursos internos e o direito da responsabilidade dos Estados, coloca-se o problema de saber se essa responsabilidade se configura

mais remotamente no tempo com a mera violação de norma jurídica ou apenas depois de esgotados os recursos internos. Após relatar o impasse a que chegou a Conferência de Codificação de Haia de 1930, o autor examina detidamente as duas teses em confronto, a da regra substantiva e a da regra processual. Alude a teorias ecléticas. Passa a expor demais teses, explanatórias: a) do delito internacional complexo, em que é exposta a teoria de Ago, contida inicialmente em seu curso na Haia (1939) e aprimorada no projeto apresentado, posteriormente, na Comissão de Direito Internacional, base de referência principal do relatório apresentado por Carrillo na recente reunião de Mérida do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional; b) a do *dédoublement fonctionnel*; c) a da regra de conflito; d) e a da regra de conveniência. Não é possível, todavia, eximir-se à dicotomia básica das teses substantiva e processual.

Quanto à denegação de justiça, seu sentido próprio e seu alcance cuida-se de perscrutá-la em face da doutrina, da jurisprudência e da prática dos Estados. O termo *denegatio justitiae* remonta à baixa Idade Média e se encontra historicamente relacionado à proteção outorgada pelo príncipe a seus súditos no exterior. Após inventariar o emprego do termo através das diversas fontes, pondera o autor que "*em seu sentido próprio*, a denegação de justiça implica na recusa de um Estado em estender proteção judicial aos direitos dos estrangeiros através de seus recursos e dos tribunais nacionais".

IV

Embora atinente, de maneira genérica, às competências das organizações internacionais, a terceira Parte é consagrada especificamente ao exame de competência das Nações Unidas, da "amplitude de sua esfera de ação". O ponto de partida consiste

no exame da personalidade jurídica internacional da organização que, podendo conceituar-se através de dupla nota essencial — o de ser *ratione materiae* política e o de ser *ratione loci* de vocação universal — é, ademais a entidade sucessora da Sociedade das Nações. Assentado o reconhecimento dessa personalidade jurídica com base em disposições da Carta de São Francisco, no parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça, de 1949, referente ao caso da *Reparação de Danos da* mesma forma que em *status* especial comprovado por fatores como o de agir autonomamente, adotar decisões obrigatórias e engajar-se no *jus belli ac pacis*, o livro passa a perquirir das principais teses sobre as competências da ONU: a da interpretação literal da Carta; a dos "poderes inerentes" e a dos poderes "implícitos". Preferida esta última tese pelos doutrinadores, e favorecida ademais pelo prestígio que lhe conferiu o mencionado parecer consultivo, dela emerge o reconhecimento não apenas de um direito próprio da organização, mas também do poder de criar diretamente entidades ou órgãos internacionais, assim como de atribuições especiais das Nações Unidas no domínio de suas relações com os Estados-membros.

Do cotejo entre, de um lado, o ordenamento originário e, de outro, a prática das Nações Unidas, se impõe reconhecer modificações sensíveis que se introduziram no sistema de distribuição de competências entre os órgãos da entidade. Essas modificações ocorreram em favor do alargamento de competências da Assembleia Geral e, ao mesmo tempo, em detrimento das que foram de início conferido ao Conselho de Segurança, assim como ao Conselho de Tutela e ao Conselho Econômico e Social. O crescimento de competência da ONU, como um todo, se tem verificado, igualmente, em áreas onde a Carta constitutiva é omissa ou reticente, como a da representação diplomática, ativa ou passiva, e a da convocação de conferências de plenipotenciários, ou em domínios – como o da descolonização – em que a atuação

da entidade ultrapassa de muito as normas da Carta, embora o âmbito de atribuições nelas estipuladas já fosse por si mesmas claras e precisas. Tais diferentes modalidades de alargamento de competências suscita a problemática do conflito da Carta não apenas com demais acordos internacionais senão também com resoluções emanadas tanto dos órgãos como da própria entidade a que pertencem. Estariam tais atos a vulnerar a Carta? Seriam eles injurídicos? Emerge daí a questão do controle da "legalidade" desses atos, assim como do procedimento adequado a esse controle.

Quais são, por outro lado, os assuntos a dependerem "essencialmente da jurisdição de qualquer Estado", segundo a expressão usada no artigo 2(7) da Carta? Tratando-se de cláusula considerada "obscura" e cuja interpretação se entende como adstrita aos órgãos das Nações Unidas reafirma-se, por via de consequência, tanto em teoria como na prática, a tendência do alargamento do âmbito de competência da ONU.

V

O ponto de convergência do estudo sobre a posição internacional dos particulares reside na implementação dos direitos humanos e se reporta à sistemática dessa implementação ante o influxo concomitante de normas que poderão ser conflitantes, as do direito interno e as do direito das gentes, como conflitantes poderão ser igualmente as decisões dos órgãos eventualmente competentes nesse domínio, estatais e internacionais. Pode-se dizer que tal influxo se revela normal e de incidência crescente, por causa do conhecido fenômeno da progressiva internacionalização das matérias e por não ser possível traçar, entre um e outro direito, como outrora pretendera Louis Le Fur, fronteiras precisas. A solução a eventuais conflitos, dessa índole não seria dada, como pondera o autor, através das posições doutrinárias clássicas,

dualista e monista. Está em causa, a respeito por outro lado, a momentosa questão do domínio reservado, a reduzida prática da Sociedade das Nações sobre o artigo 15(8), cuja redação condicionava a área desse domínio ao direito internacional e que acabou não vingando nem no projeto de Dumbarton Oaks, nem na Carta das Nações Unidas. Da redação lacunosa e imprecisa do art. 2(7) dúvidas variadas, como se sabe, emergem, de sorte que a eventual inserção dos direitos humanos nesse domínio fica na dependência da natureza do órgão chamado a dirimi-las. Nos primórdios da década de oitenta – lembra o autor – dificilmente se poderia sustentar caíssem esses direitos sob o domínio reservado dos Estados.

O estudo não se concentra "no direito substantivo, mas nos mecanismos de implementação a nível internacional, em âmbito global assim como regional". Entre os de âmbito global, contemplam-se os das Nações Unidas, seus órgãos e suas agências especializadas; os da convenção sobre a eliminação da discriminação racial; e os dos atos sobre a proteção internacional dos refugiados. Entre os de âmbito regional, figuram como era de prever, os mecanismos do sistema europeu e do sistema interamericano. A preocupação com os mecanismos de implementação confere à obra de Cançado Trindade realce na bibliografia da língua portuguesa, da qual entre nós se valeram, com ênfase no direito substantivo, em passado recente, autores como Penna Marinho, José Soder, Dunshee de Abranches, Oliveiros Litrento, Mello Boson, Celso Albuquerque Mello, R. Valentino Sobrinho, idioma no qual, com notável senso de clarividência, em posição de vanguarda para a época, se exprimiu Sá Viana, ao ressaltar, na alvorada deste século, ser o homem sujeito do direito das gentes. Alenta verificar os progressos alcançados na explicitação e na garantia dos direitos humanos, pois não se insere hoje senão na galeria dos fatos pitorescos o escândalo provocado na segunda metade do século

passado por Heffter, ao afirmar que "o homem como tal, abstração feita de sua nacionalidade, tinha direitos e deveres internacionais".

Segundo mostra Cançado Trindade, o mecanismo de proteção dos direitos individuais aflorava, há um século atrás, ao nível das relações interestatais, através de prática tantas vezes condenável da chamada "intervenção humanitária", a que se encontrava relacionada a polêmica acerca do padrão internacional ou do padrão nacional de tratamento de estrangeiros. Embora fosse essa prática abonada pela autoridade de Francisco de Vitória e demais fundadores do direito das gentes, não deveria ela subsistir ante o processo de institucionalização crescente da sociedade internacional e do advento de experimentos pioneiros, as petições de indivíduos e grupos particulares, inclusive das minorias de países europeus e dos habitantes de territórios sob mandato.

Como ponto de desconformidade entre as duas guerras mundiais, tem sido lembrado que enquanto a primeira delas se inspirou ideologicamente no primado da independência das nacionalidades, a segunda importou, essencialmente, numa cruzada em favor dos direitos humanos. Vislumbra-se, até, entre as causas do malogro da Sociedade das Nações, ofensa a esses direitos. Prestigiá-los, pois, deveria ser o propósito da entidade que viria a sucedê-la. Tanto a Assembleia Geral como o Conselho Econômico e Social passaram a ter, de fato, competência no elaborar recomendações para favorecer o gozo e o respeito dos direitos humanos: Carta, artigos 13(1) e 62(2). Poder especial foi conferido ao Conselho, o de criar comissões para a proteção desses direitos (artigo 68). Foi poder que exerceu já em sua primeira sessão, celebrada em Londres. Criada pela resolução de 16 de fevereiro de 1946 passou a Comissão de Direitos Humanos a ter incumbência de apresentar ao Conselho proposições referentes à Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada, finalmente, pela Assembleia Geral a

10 de dezembro de 1948 e na qual René Cassin entreviu o vasto pórtico de um templo, cujo átrio é formado pelo Preâmbulo e cujo embasamento é constituído pelos princípios gerais de liberdade, de não discriminação e de fraternidade proclamados nos artigos primeiro e segundo do documento. Das quatro colunas de importância igual, que sustentam o pórtico, as três primeiras se referem a direitos civis e políticos enquanto a última a direitos econômicos, sociais e culturais. A dicotomia desses direitos avulta de importância em relação tanto ao processo de elaboração legislativa como ao processo de implementação das normas respectivas, porquanto os primeiros implicam em dever de abstenção por parte do Estado, conquanto a este caiba estabelecer e manter a ordem para que eles se exercitem, e porque – como adverte Karel Vasak – o titular destes direitos é o ser humano ou o cidadão, não como abstrações autônomas e isoladas senão como entidades que atuam necessariamente no complexo da vida sociopolítica. A dualidade desses direitos subsiste no sistema europeu porquanto ao lado do Tratado de Roma e de seus protocolos se situa a Carta Social Europeia. A Convenção Americana de Direitos Humanos enumera, em princípio, os direitos civis e políticos e, quanto aos econômicos, sociais e culturais, se reporta ao Protocolo de Buenos Aires de Reforma da Carta da OEA. Tal dualidade tem, porém, sua expressão mais significativa, como se sabe, nos Pactos das Nações Unidas, de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e de Direitos Civis e Políticos, assim como no Protocolo Facultativo deste último, adotados pela Assembleia Geral aos 16 de dezembro de 1966 e que entraram em vigor, o primeiro desses instrumentos, aos 3 de janeiro de 1976, e os dois últimos aos, aos 23 de março de 1976. Ambos os Pactos contemplam, entre as medidas de implementação, o sistema de relatórios que cada Estado parte se compromete a apresentar. Cabe notar que a tramitação difere segundo se tratar de um ou de outro pacto. Em se tratando de direitos civis e políticos, o destinatário

final do relatório será o Comitê de Direitos Humanos, instituído pelo Pacto respectivo, composto de dezoito membros, cidadãos dos Estados partes, "personalidades de alta moralidade e possuidores de competência reconhecida nos domínios dos direitos humanos", eleitos a título individual em escrutínio secreto para um período de quatro anos, reelegíveis (artigos 28, 29 e 32). O Comitê poderá ter sua competência reconhecida pelos Estados partes no concernente ao recebimento e exame de reclamações intergovernamentais (artigo 41) assim como – segundo estipula o Protocolo facultativo – de petições individuais. A inaplicabilidade do mecanismo de reclamações e de petições aos direitos econômicos, sociais e culturais se explicaria – como lembra Cançado Trindade – porque seus objetivos serão realizados em período de tempo mais longo e porque as obrigações respectivas não poderiam ser tão precisamente definidas como no caso dos direitos civis e políticos.

VI

Ao reportar-me aos tópicos básicos do livro que estou a prologar, e da rica documentação perlustrada a palmo, tenho presente à interpretação lógica e lúcida que Cançado Trindade soube entre eles estabelecer. Essa qualidade adicional do livro me faz recordar uma das razões apontadas pela *American Philosophical Society* para a concessão do *Phillips Prize* a Wolfgang Friedmann. Segundo informa a coletânea de ensaios publicada no ano passado em homenagem ao insigne filósofo e jurista, o premiado não era apenas "an expert in relevance", mas era também "able to perceive the connections between things whose relationship had not previously been clearly seen". Tais vínculos se me afiguram revelados pelo autor de forma surpreendente por vezes mas sempre de modo categórico e preciso tanto entre os diferentes tópicos de ensaios diversos como entre ensaios que entre si se concatenam no âmago da obra. Víncu-

los também se tornam perceptíveis – permito-me aduzir – entre as normas e instituições jurídicas vistoriadas e a sociedade a que elas correspondem através de uma concepção subjacente que se poderia qualificar de global e dinâmica, mercê da qual a ordem jurídica aparece entrevista não apenas como estrutura oponente ao fluxo das mutações sociais mas também, ao mesmo tempo, como fonte impulsionadora do sentido e do ritmo dessas transformações.

São Paulo, 15 de outubro de 1980.

PARTE I
FONTES

CAPÍTULO 1
REAVALIAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Sumário: I. Observações preliminares. II. O costume internacional. III. Os tratados internacionais. IV. Os princípios gerais do direito. V. Valor da jurisprudência internacional (Decisões judiciais e arbitrais). VI. Valor da doutrina. VII. O elemento de equidade. VIII. A questão dos atos jurídicos unilaterais. IX. A questão das resoluções das organizações internacionais. X. Considerações finais.

1.1. Observações preliminares

A temática das "fontes" do direito internacional continua desafiando os teóricos da disciplina. O advento, ao longo das últimas décadas, de novos atores no plano internacional, tem contribuído para ampliar os modos pelos quais o direito internacional tem passado a se manifestar. Os autores do passado tendiam a ressaltar a distinção entre as fontes formais clássicas e a chamada "fonte" *material*, que era antes o substrato jurídico de que se originavam

as fontes externas (costume, tratados, etc.)[1]. Ainda hoje, talvez o ponto de partida mais conveniente, senão natural, para o estudo da matéria seja o artigo 38 do Estatuto Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), virtualmente idêntico ao mesmo artigo do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI)[2].

Dispõe o artigo 38 que, na solução de controvérsias que lhe forem submetidas, a Corte aplicará as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios gerais de direito, acrescidos, como meios auxiliares para a determinação das regras de direito, das decisões judiciais e da doutrina; é, enfim, facultado à Corte decidir uma questão *ex aequo et bono,* se as partes com isto concordarem. O histórico legislativo desse dispositivo remonta a 1920, quando uma comissão consultiva de juristas foi nomeada pelo conselho da liga das nações para preparar o projeto para o estabelecimento de uma Corte Permanente de Justiça Internacional. A comissão reuniu-se em Haia, de 16 de junho a 24 de julho de 1920. O projeto do artigo 38 do estatuto foi redigido pelo barão Descamps (incluindo tratados, costume, princípios gerais do direito, jurisprudência internacional), e decisivamente discutido, além do autor, por E. Root e Lord Phillimore[3].

O dispositivo de imediato atraiu a atenção dos internacionalistas, por enumerar "fontes" do direito internacional, chegando mesmo a se tornar alvo de algumas críticas no decorrer dos anos[4]. Há, no entanto, que se ter em mente, que o artigo

---

1 Georges Scelle. Essai sur les sources formelles du droit international. *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, v. III. Paris: Rec. Sirey, 1934, p. 400-430.

2 Afora pequenas variações de fraseologia (na frase introdutória) e na numeração de parágrafos e subparágrafos; cf. Bin Cheng, *op. cit. infra* N. 97, p. 2 e 21.

3 Para um estudo dos *Procès-Verbaux*, cf. Maarten Boa. The Recognized Manifestations of International Law – A New Theory of "Sources". *German Yearbook of International Law*, v. 20, 1977, p. 18 e 33-39.

4 Como, por exemplo, a de que fora muito influenciado por considerações de ordem política,

38 jamais pretendeu constituir-se em fórmula peremptória e exaustiva das fontes do direito internacional, mas tão somente em guia à atividade da Corte Internacional[5].

Com efeito, a tentativa de examinar todo o capítulo das "fontes" do direito internacional à luz do consentimento no direito internacional, própria do positivismo jurídico, mostrou-se sempre altamente controvertida, não comportando respostas simples, e dependendo em grande parte da formação e premissas orientando cada autor. Cumpre registrar a oscilação entre duas teses opostas, determinada até certo ponto pelas ideias prevalecentes em cada época. Assim, por exemplo, em parecer de 1923, no assunto da *Carélia Oriental*, a CPJI endossou a tese do consentimento dos Estados como base do direito internacional, ao afirmar ser um princípio básico do direito internacional que nenhum Estado poderia, sem seu consentimento, ser compelido a submeter suas disputas a mediação, arbitragem ou qualquer outro método de solução pacífica de conflitos internacionais. Posteriormente, porém, no parecer de 1950 sobre a *Interpretação dos Tratados de Paz,* Bulgária, Hungria e Romênia objetaram que, como não haviam consentido na jurisdição da CIJ, não poderia esta emitir parecer sobre o caso.

A CIJ, ao rejeitar tal argumento, observou que o "princípio Carélia Oriental" envolvia investigação dos méritos de uma disputa, ao passo que o presente assunto dos *Tratados de Paz* dizia respeito somente ao procedimento para a solução da controvérsia e não à sua substância. De modo consistente, também no parecer subsequente da *Namíbia* (1971), recusou-se a CIJ a aplicar o "princípio Carélia Oriental" em se tratando de parecer, embora se

representando um acordo ou compromisso entre as exigências da técnica jurídica e as possibilidades das relações intergovernamentais: G. Scelle, *op. cit. supra* N. 1, p. 400-430.

5 Max Sorensen. *Les sources du droit international*. Copenhagen: E. Munksgaard, 1946, p. 28-33.

tenha dado ao trabalho de explicar as circunstâncias, distinguindo--as das do assunto da *Carélia Oriental*[6].

Há controvérsia perene entre os autores acerca da questão de se o artigo 38 do Estatuto da Corte da Haia estabelece ou não uma hierarquia de fontes do direito internacional público. A rigor, as dúvidas se aplicariam apenas a tratados, costume e princípios gerais do direito, uma vez que o próprio artigo 38 cuida de estabelecer a jurisprudência e a doutrina como meios auxiliares e atribuir função limitada à equidade. Para os que adotam uma fundamentação jusnaturalista do direito internacional, torna-se menos difícil apreender o relacionamento entre princípios gerais do direito, tratados e costume: nessa ótica, tratados e costume seriam atualizações dos princípios gerais do direito, adaptadas às situações históricas variáveis[7]. Mas esta é apenas uma das concepções existentes (cf. *infra*). O que pode ser tido como ponto pacífico é que as chamadas "fontes" do direito internacional apresentam-se em constante e dinâmica interação.

Outro ponto que gradualmente veio a se tornar mais claro, sobre o qual já passara a existir considerável consenso entre os autores, é o da posição proeminente de tratados e costume – desfrutando normalmente de *igual* autoridade – dentre as fontes do direito internacional[8]. Houve mesmo quem defendesse a tese de que o costume internacional pode ser encontrado nos tratados assim como os tratados podem, com o decorrer dos tempos, passar

6 Cf. discussão sobre a questão em D. W. GREIG. *International Law*. 2ª ed. Londres: Butterworths, 1976, p. 4-40.

7 A. Truyol y Serra. *Noções Fundamentais de Direito Internacional Público.* Coimbra: A. Amado Ed., 1962, p. 141-143.

8 Autores russos chegaram mesmo ao ponto de recusarem-se a reconhecer quaisquer fontes do direito internacional outras que os tratados e o costume; cf. M. Akehurst. The Hierarchy of the Sources of International Law. *British Year Book of International Law*, v. 47, 1974-1975, p. 273-285. E houve autores russos que acrescentaram que os tratados prevalecem sobre o direito Internacional costumeiro por se basearem no acordo expresso dos Estados; cf. R. R. Baxter, *op. cit. infra* N. 9, p. 101-102.

ao direito costumeiro internacional, e mesmo exercer efeitos, *qua* evidência do direito internacional consuetudinário, sobre Estados não partes contratantes[9].

Exceção feita a esse último ponto, que tem sido também contestado[10], é hoje admissível que um tratado se sobreponha a um costume pré-existente, assim como que um costume subsequente se sobreponha a um tratado[11]. Um tratado multilateral pode refletir a prática dos Estados partes, pode induzir Estados não partes a se conformarem com alguns de seus dispositivos, e pode por sua implementação interagir com a prática dos Estados na formação de novo costume[12].

Cabe recordar, a propósito, dois memoráveis pareceres (n. 16 e 18) da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) – então sob nossa presidência – emitidos em fins do século XX e início do século XXI sobre, respectivamente, *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* (de 1º/10/1999) e *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados* (de 17/9/2003). A CorteIDH assinalou, nestes dois pareceres pioneiros, *inter alia*, que a Convenção de Viena sobre relações consulares de 1963, em cuja redação se pensava originalmente nas relações entre Estados,

9 R. R. Baxter. Treaties and Custom. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye [RCADI]*, v. 129, 1970, p. 31-104; A. D. McNair. Treaties Producing Effects "Erga Omnes». In: *Scritti di Diritto Internazionale in Onore di T. Perassi*, v. II. Milano: Giuffrè, 1957, p. 23-36.

10 Ph. Cahier. Le problème des effets des traités à l'égard des États tiers. *RCADI*, v. 143, 1974, p. 589-736.

11 M. Akehurst, *op. cit. supra* N. 8, p. 273-285.

12 R. R. Baxter, *op. cit. supra* N. 9, p. 31-104. Mas há também que se admitir que os tratados podem ser conflitantes entre si e exercer influência negativa, que a retirada de Estados partes também pode ter sua influência, que até mesmo a conduta de não conformidade dos Estados pode ajudar a limitar ou alterar o direito costumeiro; *ibid.*, p. 89 e 98. Sobre a possibilidade de certas normas de direito internacional serem convencionais com relação a Estados partes em tratados que as contêm, e costumeiras com relação a outros Estados, cf. M. Virally, "The Sources...", *op. cit. infra* N. 40, p. 129. Outra ilustração reside na presença da regra do prévio esgotamento dos recursos de direito interno em tratados bilaterais atestando sua validade como regra, de direito costumeiro.

veio a ser interpretada e aplicada, no tocante a seu artigo 36º(1)(b) (sobre o direito individual a informação tornando efetivo o devido processo legal), também nas relações entre os Estados e os indivíduos sob suas respectivas jurisdições, à luz do "impacto positivo" do direito internacional dos direitos humanos em dinâmica evolução no domínio do direito internacional público (Parecer n. 16). A CtIADH sustentou, ademais, que o princípio da igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*, devendo os Estados garantir o devido processo legal a qualquer pessoa, independentemente de seu *status* migratório (Parecer n. 18)[13].

Ambos pareceres da CtIADH (n. 16 e 18) têm tido considerável impacto nesta parte do mundo – sendo hoje estudados em outras latitudes[14] – ao estender proteção também aos indivíduos em novas situações. Cabe aqui acrescentar que, também os tratados bilaterais, assim como os multilaterais, podem servir de evidência do direito costumeiro. Por exemplo, tratados bilaterais consulares muito influenciaram o desenvolvimento do direito internacional

13 Para um estudo da significação e repercussão de ambos pareceres da CtIADH (n. 16 e 18), cf. A. A. Cançado Trindade. *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional – Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 4ª ed. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2017, cap. XI, p. 99-101; e sobre a ampliação pela CtIADH, nos referidos pareceres, do conteúdo material do *jus cogens*, cf. A. A. Cançado Trindade. La Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens.* In: *XXXIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano – 2007*. Washington, D.C.: Secretaría General de la OEA, 2008, p. 1-15; A. A. Cançado Trindade. *Jus Cogens*: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law. In: *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano – 2008*. Washington, D.C.: Secretaría General de la OEA, 2009, p. 3-29.

14 Além do sensível impacto na prática dos Estados (sobretudo da região), os n. 16 e 18 da CIJ têm também servido de inspiração para a jurisprudência internacional emergente (inclusive da CIJ). *In statu nascendi*, sobre a matéria; cf. A. A. Cançado Trindade. The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice. *Chinese Journal of International Law*, v. 6, n. 1, 2007, p. 1-16; e cf., a respeito, voto arrazoado do juiz Cançado Trindade (pars. 81 e 123-130 e 158-188), no caso A. S. Diallo (CIJ, Guiné *versus* R. D. Congo, mérito, Sentença de 30/11/2010), reproduzido in: *Judge A. A. Cançado Trindade – The Construction of a Humanized International Law – A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, v. II (International Court of Justice). Leiden: Brill/Nijhoff, 2014, p. 1650-1739.

costumeiro sobre cônsules, hoje codificado na referida Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963[15].

O papel reconhecidamente preponderante de tratados e costume dentre as "fontes" do direito internacional geral vem sofrendo uma certa revisão no contexto específico das relações interamericanas. Tal revisão tem suas raízes na antiga polêmica acerca da existência ou não de um direito internacional americano. Segundo tese advogada nos anos setenta, no plano das relações interamericanas, diferentemente do que ocorre no direito internacional geral, ao costume estaria reservado um papel secundário entre as fontes (que melhor se integrariam, *e.g.*, através das conferências interamericanas); dentre os numerosos tratados regionais, relativamente poucos foram os que lograram obter o número suficiente de ratificações para entrar em vigor, exercendo papel exíguo na produção de regras jurídicas internacionais, excetuados os chamados tratados "constitutivos"[16].

Em contrapartida, a doutrina, que no direito internacional geral encontra-se relegada a posição mais modesta, no direito internacional americano tem exercido considerável influência na formação de normas internacionais tanto consuetudinárias quanto convencionais[17]. E – elemento ainda mais importante para

15 Cf. R. R. Baxter, *op. cit. supra* N. 9, p. 87 e 101.

16 Como, *e.g.*, a Carta da OEA (com as modificações de 1967), o TIAR (1947), os instrumentos criando o BID (1959) e a antiga ALALC (1960). César Sepúlveda. *Las Fuentes del Derecho Internacional Americano*. México: Ed. Porrúa, 1975, p. 43-69. O autor foi igualmente crítico em relação à atuação dos órgãos da OEA na época (cf. *ibid.*, p. 108-110, e cf. p. 85-91).

17 O que talvez se explique pelas "relações peculiares" entre os países latino-americanos e os Estados Unidos, como exemplificado, e. g., pela doutrina Calvo (de igualdade entre nacionais e estrangeiros em matéria de direitos civis), a cláusula Calvo (de renúncia à invocação de proteção diplomática), a doutrina Jefferson (sobre reconhecimento de governos), a doutrina Stimson (de não reconhecimento da aquisição de territórios pela força); por vezes, tais doutrinas podem transcender o âmbito regional, como a contribuição da tese de Drago (de proibição do uso da força na cobrança de dívidas contratuais de um Estado) para a cristalização do princípio da proibição geral do uso da força nas relações internacionais, hoje consagrado no artigo 2º(4) da Carta da ONU. C. Sepúlveda, *op. cit. supra* N. 16, p.71-84. Sobre a doutrina Calvo, cf. *Manuel de droit international public et privé*. Paris: LGDJ

o estudo das fontes do chamado direito internacional americano – as resoluções ou decisões das Conferências Internacionais, situando-se "a meio-caminho entre a convenção e o costume", constituir-se-iam na "fonte do direito internacional americano por excelência"[18].

Uma derradeira advertência seria pertinente antes de passarmos em revista as categorias de "fontes" do direito internacional individualmente: há exemplos marcantes ressaltando o fato de que a enumeração de "fontes" do direito internacional contida no artigo 38 do Estatuto da CIJ, conforme já indicado, não é, como jamais foi ou poderia ser, exaustiva. Assim, no caso da *Barcelona Traction* (Bélgica *versus* Espanha, segunda fase, 1970), a CIJ baseou-se em uma miscelânea de jurisprudência arbitral, decisões prévias da própria Corte, tratados bilaterais e multilaterais, e princípios gerais de direito interno para demonstrar que a Bélgica não tinha *standing* para proteger a Companhia *Barcelona Traction;* e anos antes, no caso *Nottebohm* (Liechtenstein *versus* Guatemala, 1955), a CIJ foi encontrar sua evidência de direito internacional costumeiro em decisões arbitrais, decisões de tribunais internos em casos de nacionalidade, doutrina, um dispositivo de seu próprio estatuto, uma série de tratados bilaterais do século XIX (não mais em vigor) entre os Estados Unidos e outros Estados, uma convenção pan-americana de 1906, e um tratado de codificação de 1930[19].

Assim, ocorre, às vezes, na prática, a impossibilidade de se basear uma decisão em apenas uma determinada categoria das fontes oficialmente consagradas no artigo 38 do Estatuto da Corte

---

A. Rousseau, 1892, p. 1-449. E, para um estudo recente de toda a doutrina jurisinternacionalista latino--americana, cf. A. A. Cançado Trindade. The Contribution of Latin american Legal Doctrine to the Progressive Development of itnerntional Law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit Internacional de La Haye*, v. 376, 2014, p. 19-92.

18 C. Sepúlveda, *op. cit. supra* N. 16, p. 94-95.

19 Cit. *in* R. R. Baxter, *op. cit, supra* N. 9, p. 36-37.

Internacional de Justiça. Outra ilustração reside na transformação do velho princípio pelo qual reservas a um tratado multilateral só seriam admissíveis se aceitas por todas as demais partes, princípio este que hoje perdeu praticamente sua validade. Para esta mudança de posição, contribuíram, conjuntamente, um parecer da Corte Internacional (de 1951, sobre as *Reservas à Convenção sobre o Genocídio*), uma resolução da Assembleia Geral da ONU sobre reservas a convenções multilaterais (resolução 598(VI) de 12 de janeiro de 1952, contendo instruções ao secretário-geral e recomendação aos membros), o trabalho da Comissão de Direito Internacional da ONU e os artigos 19-23 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969) – seguida, anos depois, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais (de 1986, artigos 19-23)[20].

Tendo isto em mente, talvez se possa concordar com a sugestão de que, ao invés de se classificar abstratamente as modalidades de fontes, mais apropriado seria examinar o *corpus* global de "autoridade juridicamente significativa para uma determinada decisão"; o artigo 38 do Estatuto da CIJ representaria, pois, ao invés de enumeração exaustiva das "fontes", provavelmente nada mais do que "um catálogo descritivo com razoável grau de exatidão histórica"[21]. Dos exemplos acima se pode, ademais, depreender que as "fontes" do direito internacional não são categorias estáticas: encontram-se em constante e dinâmica interação, não se exaurindo em classificações teóricas que refletem tão somente os meios de manifestação do direito internacional prevalecentes em determinado momento histórico.

20 Cit. *in* Ch. Schreuer. Recommendations and the Traditional Sources of International Law. *German Yearbook of International Law*, v. 20, 1977, p. 113 (quanto à Convenção de Viena de 1969); e, sobre a Convenção de Viena de 1986, cf. A. A. Cançado Trindade. *Direito das Organizações Internacionais*. 6ª ed. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2014, p. 139-175.

21 Ch. Schreuer, *op. cit. supra* N. 20, p. 113-114. Sobre a jurisprudência da CIJ em relação a decisões de organizações internacionais, cf. observações *infra*.

1.2. O costume internacional

O próprio artigo 38 do Estatuto da CIJ qualifica devidamente o costume internacional ao referir-se a ele como "prova de uma prática geral aceita como sendo o direito". Donde os dois elementos clássicos constitutivos do costume: o elemento objetivo, representado pela própria prática internacional, e o elemento subjetivo, a *opinio juris sive necessitatis*, i.e., a convicção de que tal prática é de direito e aceita como tal. Tal configuração do costume internacional é ainda a predominantemente aceita em nossos dias.

No entanto, foi ela alvo de crítica contundente por parte de Kelsen e seus seguidores (a escola da "teoria pura do direito"), endossada por Guggenheim, no sentido de que o elemento objetivo seria suficiente para criar o costume como fonte de direito, uma vez que o elemento subjetivo da *opinio juris* seria de difícil comprovação além de pressupor a existência de uma regra de direito autônoma que tampouco poderia ser provada: somente a doutrina voluntarista poderia sustentar que a vontade comum dos Estados seria o fundamento último do direito internacional, mas surgiria então o problema dos Estados terceiros que não aceitaram explícita ou implicitamente determinada regra costumeira[22]. Tal doutrina tornaria evidentemente supérfluo o costume como fonte autônoma do direito internacional, e o processo de formação da norma costumeira só se materializaria mediante uma ficção, a de uma norma preestabelecida, elemento impossível de se provar – o que levaria necessária e fatalmente à renúncia ou rejeição do elemento subjetivo do costume (*opinio juris*)[23].

Por outro lado, muitos autores consideram útil ou necessário o conceito de *opinio juris* como meio de se provar a existência de

22 Cf. observações *infra* a esse respeito.

23 Paul Guggenheim. Les deux éléments de la coutume en droit International. In: *La technique et les principes du droit public – Études* en *l'honneur de Georges Scelle*, v. I. Paris: LGDJ, 1950, p. 275-284.

certas normas costumeiras, insistindo na necessidade e relevância do elemento psicológico na formação do costume quando, *e.g.*, os Estados disputam o conteúdo do direito consuetudinário[24]. É possível que a interação de reivindicações rivais por parte dos Estados venha a atuar no sentido de formação do costume internacional[25]. A esse propósito, uma corrente de pensamento que floresceu nos Estados Unidos, veio a sustentar que um *claim-oriented approach*, além de estender maior força de persuasão à repetição de certos atos no plano internacional, implicaria em simplificação da teoria do costume, ao demonstrar que, por exemplo, em situações de conflito ou negociação, tenderia a prevalecer a parte que apresentasse o argumento mais forte (não necessariamente a que tentasse tão somente se conformar com o que mantiveram os teóricos do direito internacional)[26].

Já se destacou como traço característico do direito internacional costumeiro sua formação não pela repetição de atos que visem necessária e expressamente a criação do direito internacional, mas sim por uma apreciação baseada na observação criteriosa da conduta dos Estados no plano internacional[27]. No plano teórico, há

24 A. A. D'Amato. *The Concept of Custom in International Law*. Ithaca: Cornell University Press, 1971, p. 242, n. 28 e 74. Cf. também J. L. Kunz. The Nature of Customary International Law. *American Journal of international Law*, v. 47, 1953, p. 665.

25 D. W. Greig, *op. cit. supra* N. 6, p. 19.

26 A. A. D'Amato, *op. cit. supra* N. 24, p. 271-272.

27 Max Sorensen, *op. cit. supra* N. 5, p. 85; H. W. Briggs. The Colombian-Peruvian *Asylum* Case and Proof of Customary International Law. *American Journal of International Law*, v. 45, 1951, p. 729. Há os que sustentam a contribuição dos ordenamentos tanto internacional como interno à criação de normas consuetudinárias, como ilustrado, *inter alia*, por certos documentos históricos de direito interno (ordenações) na regulamentação da guerra marítima, pela contribuição de sentenças de tribunais nacionais de presas na formação do direito do mar; cf. Gerson de B. M. Boson. Fontes do Direito Internacional. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 8, 1956, p. 23-24. Ainda no tocante à *opinio juris*, quer se aplique o termo à "convicção" dos Estados, quer se aplique às *declarações* do Estado como pretende M. Akehurst (*op. cit. infra* N. 41, p. 36-37), tal distinção parece irrelevante, dado que é normalmente a partir das declarações e notas oficiais dos Estados que se tenta depreender e identificar suas "convicções". Para uma discussão teórica sobre o elemento da *opinio juris*, cf. R. M. Walden. Customary International Law: A Jurisprudential Analysis. *Israel Law Review*, v. 13, 1978, p. 86-102. (Cf. livros mais recentes).

também que se registrar a tentativa de Roberto Ago de explicação de um direito internacional costumeiro "espontâneo"[28], a que se opôs Josef Kunz[29].

O problema dos elementos constitutivos e processo de criação de regras costumeiras foi amplamente debatido diante da CPJI no caso *Lotus* (1927), que opôs a França à Turquia. A disputa originara em uma colisão no alto-mar entre o navio francês *Lotus* e o navio turco *Boz-Kourt*, afundando este último e desaparecendo oito cidadãos turcos; ao chegar o Lotus em Constantinopla, seu oficial e o capitão do *Boz-Kourt* foram presos e incriminados; o oficial francês contestou a jurisdição da corte criminal de Istambul. Levado o caso à CPJI, opinou esta que a Turquia não violara os princípios de direito internacional, pois não havia norma que impedisse a Turquia de agir como agiu. No decorrer do processo diante da Corte da Haia, de início o Estado turco arguiu, em seu memorial, que o costume internacional deve refletir o consentimento geral dos membros da "sociedade internacional"; ser aplicado uniformemente; ser suficientemente antigo, estável e constante, tendo ademais um caráter de reciprocidade; faltando uma dessas condições, não estaria configurado o costume como "fonte" do direito internacional.

O Estado francês, a seu turno, invocou precedentes para defender a tese do caráter territorial da jurisdição do Estado, no que foi contestado pelo Estado turco que, advogando concepção voluntarista do direito internacional, argumentou que o costume não poderia se aplicar necessariamente a todos os Estados – que

28 I.e., a internacionalidade de uma norma resultaria de sua natureza e não necessariamente do caráter de sua "fonte", pois poderiam elas surgir "espontaneamente"; cf. comentários in: J. J. Lador-Lederer. Some Observations on the "Vienna School" in International Law. *Nederlands Tijdschrift voor international Recht*, v. 17, 1970, p. 137-138.

29 Cf., *e.g.*, J. L. Kunz. The Nature of Customary International Law. *American Journal of International Law*, v. 47, 1953, p. 664-665.

não contribuíram para sua formação ou a ele não aderiram – independentemente de sua vontade. Em seus argumentos orais, o representante francês (Basdevant) defendeu a tese de que havia uma prática *negativa* bem estabelecida pela qual não se persegue o suposto autor de um abalroamento em país outro que o do pavilhão, e tal prática refletia um *consensus gentium,* a opinião comum dos Estados. Contestando, o agente turco (Essat Bey), arguiu que, para impedir os Estados de exercer sua jurisdição, uma abstenção apenas – o ponto de vista de um Estado apenas, no caso a França – não bastaria: na ausência de dispositivos convencionais estabelecendo uma regra relativa a perseguições penais em abalroamentos no alto-mar, caberia examinar se tal princípio houvera sido estabelecido pelo costume internacional, e este só se configuraria através de manifestação coletiva, repetida, recíproca da vontade dos diversos Estados atuando no plano internacional.

Em seu julgamento, a CPJI enfatizou o elemento da vontade dos Estados independentes na formação de regras internacionais convencionais e costumeiras, e admitiu que, na prática, os Estados de fato frequentemente se abstiveram de exercer perseguições penais, mas – acrescentou a Corte significativamente – somente se tais abstenções houvessem sido motivadas pela *consciência de um dever de se abster* é que se poderia conceber a configuração de um costume internacional nesse sentido, a ser levado em conta no caso em questão[30]. Em voto dissidente, o juiz Nyholm ressaltou que o exame ou busca de uma regra de direito internacional comporta uma investigação da maneira pela qual o costume nasce e se cristaliza em "fonte" de direito internacional; sua relevância é acentuada pela ausência de um legislativo internacional, e é pela

30 Cf. materiais reproduzidos in: K. Marek. Répertoire des décisions et des documents de la procédure écrite et orale de la Cour Permanente de Justice Internationale et de la Cour Internationale de Justice. *Les sources du droit international*, v. 2. Genebra: I.U.H.E.I., 1967, p. 801-831.

repetição contínua de certos atos que começa a manifestar-se uma consciência jurídica internacional[31].

O que parece transparecer da decisão da CPJI e do processo no caso *Lotus* é uma importância atribuída em princípio ao elemento subjetivo do costume, a *opinio juris sive necessitatis*. É indubitável que o voluntarismo se fez presente no julgamento da Corte, parecendo sugerir uma penetração do pensamento positivista no raciocínio de seus juízes. Um exame desse ponto escaparia aos propósitos do presente estudo; cumpre-nos, no entanto, registrar a tendência subsequente da Corte de se distanciar, e mesmo desvincular-se, da outrora prevalecente concepção voluntarista do direito internacional[32]. Ainda no tocante à *opinio juris*, mesmo nas proposições de princípio da Corte no caso *Lotus (supra)*, verifica--se uma certa cautela no sentido de evitar asserções categóricas sobre a existência ou não do elemento psíquico do costume nas circunstâncias do caso. Tal ponto conduz a outro problema de capital importância, o da *prova* do costume, que anos depois se tornaria alvo de atenção da CIJ no caso do *Asilo* (Colômbia *versus* Peru, 1950)[33].

Na ocasião, *inter alia,* a Colômbia invocou a existência de um pretenso costume regional ou local, do chamado direito internacional americano, contestado pelo Peru. A Corte, sobre este ponto específico, decidiu que diante de tantas incertezas e

31 Tanto o juiz Weiss quanto o juiz Altamira (dissidentes) ressaltaram o consentimento geral como elemento necessário à formação de regras costumeiras; acrescentou o juiz Altamira que não se pode elevar à categoria de costume (*per se* um fato positivo) a inexistência da repetição de atos mais ou menos numerosos (abstenção), geralmente considerados necessários ao estabelecimento de uma regra costumeira; cf. *ibid.*, p. 801-831.

32 Cf. observações e referências (à jurisprudência da Corte) *infra*, a propósito do *jus cogens.*

33 Os fatos são conhecidos: em suma, após rebelião no Peru em 1948, foi ordenada a prisão de Haya de la Torre, que procurou asilo na embaixada colombiana em Lima. A Colômbia concedeu-lhe asilo diplomático e solicitou salvo-conduto ao Peru, que contestou a medida. Levado o caso à Corte Internacional de Justiça, decidiu esta que a concessão do asilo não estava em conformidade com a Convenção de Havana de 1928; no ano seguinte (1951) a Corte proferiu nova sentença sobre o caso.

aparentes contradições (quanto ao exercício do asilo diplomático), era-lhe impossível constatar a existência de um costume constante e uniforme, aceito como de direito; fazendo abstração do elemento psíquico do costume, salientou a Corte que cabe à parte que invoca um determinado tipo de costume e nele se baseia provar que ele efetivamente existe[34]. Quanto aos meios de comprovação de um costume, o direito internacional contemporâneo parece admitir várias formas de prova e liberdade de apreciação[35]. E há considerável *corpus* de jurisprudência internacional, prática dos Estados e doutrina endossando o princípio da divisão ou distribuição do ônus da prova (quanto a determinadas exceções preliminares) entre as partes litigantes no processo legal internacional[36].

Já se caracterizou o direito internacional consuetudinário como "a generalização da prática dos Estados"[37], comportando variações e matizes de Estado a Estado, e mesmo uma certa distância entre os pronunciamentos oficiais dos canais competentes dos Estados e as linhas de conduta de política externa efetivamente

---

34 Cf. observações in: Paul Guggenheim. *Traité de droit international public*, v. I. Genebra: Libr. Univ. Georg & Cie., 1953, p. 46-48 e 506; cf. também H. W. Briggs, *op. cit. supra*, N. 27, p. 728-731.

35 Cf., *e.g.*, Paul Guggenheim. *Traité de droit International public*, v. I. 2ª ed. rev. Genebra: Libr. Univ. Georg & Cie., 1967, p. 105; cf. também M. Sorensen, *op. cit. supra*, n. 5, p. 209; Roger Pinto. L'organisation judiciaire internationale. *Juris-classeur de droit international*, fascicule 248, 1961, p. 8. Quanto aos elementos para a comprovação do costume no plano internacional, cf. o valioso memorando do secretário-geral da ONU, *Ways and Means of Making the Evidente of Customary International Law More Readily Available.* N.Y.: U.N. publ. n. 1949-V-6, 1949, p. 3-114.

36 Cf. A. A. Cançado Trindade. The Burden Proof with Regard to Exhaustion of Local Remedies in International Law. *Droit international et compare – RDH/HRJ*, v. 9, 1976, p. 81-121.

37 Cf. *cit. in* Clive Parry. *The Sources and Evidences of International Law*. Manchester: University Press/Oceana, 1965, p. 58 e 62 e cf. p. 56-82. E sobre a necessidade de sua sistematização, cf. A. A. Cançado Trindade. Contemporary International Law-Making: Customary International Law and the Systematization of the Practice of States. In: *Sources of International Law* (Thesaurus Acroasium, v. XIX). Salônica/Grécia: Institute of Public International Law and International Relations of Thessaloniki, 1992-1993, p. 51-134; A. A. Cançado Trindade. Reflections on International Law-Making: Customary International Law and Reconstruction of *Jus Gentium*. In: *International Law and Development/Le droit international et le Développement (Proceedings of the 1986 Conference of the Canadian Council on International Law/Travaux du Congrès de 1986 du Conseil canadien de Droit international).* Ottawa: Canadian Council on International Law, 1986, p. 63-81.

adotadas e seguidas pelas chancelarias[38]. Surge aqui um problema, próprio da época da descolonização, qual seja, o de se determinar a aplicação ou não do direito internacional costumeiro aos novos Estados, recém-emancipados politicamente. A questão é controvertida, circundada de incertezas.

Se se aplicasse a teoria positivista infundada do consentimento como fundamento último do direito internacional, sérias dificuldades surgiriam, pois só as normas com as quais concordassem inteiramente os novos Estados ser-lhes-iam automaticamente obrigatórias; ora, sabe-se que na prática os Estados novos têm preferido, ao invés de tentar rejeitar precipitada e irrealisticamente certas normas que possam vir a ser-lhes adversas, admitir sua existência e tentar modificá-las o mais rápida e eficazmente através de sua atuação nesse sentido em foros internacionais como a Assembleia Geral da ONU[39]. M. Virally veio a observar pertinentemente que "não há, com efeito, exemplo algum na prática moderna em que reservas tenham sido feitas à aplicação de regras do direito internacional geral. Por outro lado, o surgimento de muitos Estados novos com ideias jurídicas distintas e práticas diferentes pode acarretar mudanças apreciáveis e rápidas no direito internacional por meios normais para a formação de costume"[40].

---

38 C. Parry. The Practice of States. *Transactions of the Grotius Society*, v. 4, 1958-1959, p. 167 e 159, e cf. p. 145-186. Sobre as dificuldades na avaliação da prática dos Estados como "evidência" do direito internacional consuetudinário, cf. J. L. Kunz, *op. cit. supra* N. 24, p. 667-668.

39 Os novos Estados passaram, com efeito, a fazer uso amplo da Assembleia Geral da ONU, em áreas como, *e.g.*, a da soberania permanente sobre os recursos naturais, a da exploração do espaço cósmico, a de regulamentação das atividades das corporações transnacionais, a da descolonização; cf. D. W. Greig, *op. cit. supra* N. 6, p. 28-30; A. A. Cançado Trindade. Desenvolvimentos Recentes no Direito Internacional Contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 24, 1976, p. 123-158.

40 M. Virally. The Sources of International Law. In: Max Sorensen (ed.). *Manual of Public International Law*. London: MacMillan, 1968, p. 139-139.

Tem-se recentemente realçado um ponto comum aos dois problemas, o da prova do costume e o da aplicação ou não de normas costumeiras aos novos Estados, a saber, a própria *relatividade* da prática dos Estados. Conforme já visto, a prova do costume pode tornar-se relevante especialmente no tocante ao costume regional (caso do *Asilo*, *supra*). Mas grande parte do registro da prática dos Estados encontra-se guardada e não examinada nos arquivos diplomáticos, dificultando assim a prova da existência de regras costumeiras. O que não dizer da prática dos Estados emancipados politicamente, no mais das vezes não publicada, e mesmo inexistente sobre determinadas questões de direito internacional! A prova do costume internacional torna-se, assim, uma questão relativa e não absoluta, e o Estado que puder citar mais precedentes levará vantagem sobre seu oponente, independentemente da modalidade de solução pacífica da controvérsia[41].

Estados que não disponham de diplomatas e juristas com conhecimento especializado das "fontes" do direito internacional e com total acesso e disponibilidade para um exame cuidadoso das evidências – por vezes conflitantes – do direito costumeiro, terão que se contentar com a citação de documentos mais facilmente acessíveis, como tratados bilaterais e multilaterais, resoluções da Assembleia Geral da ONU, resoluções de associações científicas como o *Institut de Droit International* e a *International Law Association*[42]. É inevitável que Estados constantemente atentos aos seus interesses em distintas partes do mundo e que publiquem periodicamente os dados de sua prática internacional (*e.g.*, em forma de digestos) exerçam maior influência no desenvolvimento do direito costumeiro do que outros, não por ser sua prática

41 M. Akehurst. Custom as a Source of International Law. *British Year Book of International Law*, v. 47, 1974-1975, p. 13-14 e 18-19.

42 Cf. *ibid.*, p. 51.

"intrinsecamente mais importante" do que a dos demais, mas pela publicidade e divulgação que lhe são dadas[43].

Outro problema relativo ao costume internacional é o da criação mais ou menos "imediata" de normas costumeiras em áreas novas do direito internacional em que não havia regulamentação alguma anteriormente. Fornecem exemplo marcante, há mais de meio século, as resoluções 1721(XVI), 1802(XVII), 1962(XVIII) e 1963(XIX) – particularmente a 1962(XVIII) – da Assembleia Geral da ONU sobre a exploração e uso do espaço, resultantes em grande parte de um acordo tácito entre os dois principais atores espaciais, e que vieram a refletir, no dizer de alguns autores na época, um "costume incipiente" (*inchoate custom*) sobre a matéria[44].

As resoluções 1721(XVI), de 20 de dezembro de 1961, e 1962(XVIII), de 13 de dezembro de 1963, passaram a ser aclamadas como o "capítulo inicial" do tratamento do direito espacial contemporâneo. Sabe-se hoje, porém, que o "acordo" entre as duas superpotências – EUA e URSS – que possibilitou a adoção de tais resoluções não passou sem controvérsia: quanto à forma de tal "acordo", enquanto a então União Soviética preferia um tratado, os Estados Unidos insistiam em uma resolução da Assembleia Geral, fórmula esta que a União Soviética foi finalmente persuadida a aceitar dado o procedimento complicado e politicamente incerto da conclusão de tratados de acordo com o direito constitucional norte-americano[45]. Em artigo sobre a questão publicado em Nova Délhi, Bin Cheng sugeriu a imaginativa expressão, que veio a

43 *Ibid.*, p. 23. Admite o autor que mesmo as *reivindicações* avançadas pelos Estados no contexto de casos concretos podem contribuir para a formação de novas regras do direito costumeiro; *ibid.*, p. 5.

44 G. Arangio-Ruiz. The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations. *RCADI*, v. 137, 1972, p. 525.

45 Bin Cheng, *op. cit. infra* N. 46, p. 23-33.

tornar-se célebre "direito costumeiro imediato" (*instant customary law*), para a atividade regulamentadora antes mencionada[46].

Assim como Guggenheim anteriormente propusera a rejeição do elemento subjetivo (*opinio juris*) do costume internacional, Bin Cheng, à luz dos desenvolvimentos no direito espacial, sugeriu por outro lado que o direito internacional consuetudinário tinha na realidade apenas um elemento constitutivo, a *opinio juris*, pois é a prática geral aceita como de direito que fornece evidência da regra costumeira e não vice-versa. Como no plano internacional os Estados são até certo ponto criadores das normas que regem o convívio internacional – argumentou o autor – tais normas devem ser tidas por obrigatórias ainda que venham existindo por período de tempo bastante curto; da *opinio juris communis* adviria assim o "direito internacional costumeiro imediato", e as resoluções da Assembleia Geral da ONU, como a 1721 e a 1962 (tecnicamente não obrigatórias), desempenhariam a função de identificar a *opinio juris* latente dos Estados-membros da ONU e delinear a existência e conteúdo das novas normas costumeiras, contra as quais não poderiam os Estados-membros de boa-fé se investir. Assim, o costume, constituído apenas pela *opinio juris communis* ou *generalis* dos Estados (elemento realçado pela própria Corte da Haia nos casos *Lotus* e do *Asilo, supra*), pode não somente surgir "imediatamente" – como no caso das resoluções 1721 e 1962 – como também se modificar em qualquer época[47].

46 Bin Cheng. United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law? *Indian Journal of International Law*, v. 5, 1965, p. 23-48.

47 Sugeriu ainda Bin Cheng que, no caso das resoluções espaciais da ONU, tudo indicava que os Estados Unidos admitiam que um "direito costumeiro imediato" pudesse ser criado por meio de resoluções adotadas unanimemente pela Assembleia Geral da ONU. Mesmo assim, o autor acaba por admitir que, em longo prazo, o método convencional de se criar o direito internacional pela conclusão de tratados permanece o mais indicado ou apropriado, o mais certo e o menos controvertido. Cf. Bin Cheng, *op. cit.*, *supra* N. 44, p. 23-48. Cf. também I. Herczeg. Space Treaties and Law-Making Process in International Law. In: Hungarian Branch of the International Law Association (ed.). *Questions of International Law*. Budapeste: Progresprint, 1971, p. 51-63, esp. p. 53.

A despeito de sua originalidade, tal construção veio a ser alvo de críticas. Segundo estas, resoluções da Assembleia Geral da ONU (como as supracitadas) não poderiam *per se* constituir-se em direito internacional costumeiro, pois, dado seu caráter recomendatório, não poderiam tornar-se obrigatórias aos Estados-membros da ONU. Assim, a expressão "direito costumeiro imediato" mostrar-se-ia contraditória, e melhor seria concentrar em outros meios para explicar a influência de tais resoluções da ONU do que "falsificar o costume" para esse propósito[48]. Com efeito, a natureza jurídica e os efeitos dos atos das organizações internacionais, assim como a contribuição da jurisprudência internacional para a formação de regras costumeiras, serão mais adequadamente analisados *infra*.

1.3. Os tratados internacionais

O crescimento impressionante somente da *United Nations Treaty Series* já seria suficiente para atestar a grande importância da utilização de tratados na prática internacional e das regras deles derivadas para o direito internacional contemporâneo; apenas na primeira década coberta pela *U.N.T.S.*, que se estende de 1945 a 1955, foram editados 225 volumes contendo 3.633 tratados registrados e publicados pelo Secretariado da ONU; já em meados de 1963 a coleção havia atingido 470 volumes contendo 7.420 tratados registrados[49]. Diferenças de enfoque surgem, no entanto, no tratamento dos tratados como "fonte" do direito internacional.

Enquanto alguns autores britânicos, por exemplo, tendiam a manter que os tratados não são "fontes" do direito internacional, mas sim fontes de obrigações (Fitzmaurice, Parry), certos

48 Maarten Bos, *op. cit. supra* N. 3, p. 27 e 68.

49 Dados *cit. in* M. Virally, *op. cit. supra* N. 40, p. 123. E cf. A. A. Cançado Trindade. O Impacto de Tratados e Resoluções nas Relações Internacionais na América Latina. In: *VIII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*. Washington: Organização dos Estados Americanos/Secretaría Geral, 1982, p. 236-286.

autores europeus continentais discordaram de tal ponto de vista (Verdross); em posição intermediária entre as escolas britânica e continental, Maarten Bos veio a propor que os tratados são "fontes" do direito internacional desde que aumentem ou codifiquem o *corpus* de regras já existentes, e são fontes de obrigações quando, ao contrário, desempenham a função de um contrato no direito interno moderno[50].

Não caberia em capítulo dedicado às "fontes" do direito internacional descer a detalhes do direito dos tratados, como fazem alguns manuais de direito internacional; as considerações que se seguem se restringem a pontos básicos diretamente pertinentes ao estudo das "fontes". O primeiro deles não poderia ser outro que o do relacionamento próprio entre os tratados e a noção de soberania estatal. Assim, no caso do *Wimbledon* (Sentença de 17 de agosto de 1923), a CPJI esclareceu que a conclusão de um tratado, qualquer que seja ele, jamais implica em abandono da soberania do Estado: a faculdade de contrair compromissos internacionais, e seu fiel cumprimento, constituem precisamente atributos da soberania do Estado. Esta não pode ser invocada de encontro ou choque com obrigações convencionais; a jurisprudência internacional aponta no sentido de que os dispositivos do direito interno ou constitucional não podem ser invocados para evadir obrigações internacionais prevalecendo sobre dispositivos de tratados em vigor. É este um princípio que rege as obrigações internacionais, um princípio de responsabilidade internacional e mesmo de direito costumeiro: um Estado não pode evadir-se de suas obrigações internacionais sob o pretexto de sua pretensa incompatibilidade com o seu ordenamento jurídico interno (ou quaisquer atos legislativos ou executivos)[51].

50 Maarten Bos, *op. cit supra* N. 3, p. 20-24.

51 Lord McNair. Treaties and Sovereignty. In: *Symbolae Verzijl* (présentées au Professeur J. H. W. Verzijl à l'occasion de son LXXième anniversaire). Haia: M. Nijhoff, 1958, p. 222-237; K. Marek, *Répertoire...*,

Pode-se mesmo acrescentar que hoje a ideia de soberania não exerce influência de peso na *interpretação* de tratados[52], exceto talvez na chamada regra da interpretação restritiva; mas mesmo essa regra encontra-se em processo de franco declínio, senão de desaparecimento. O que a esse respeito se deve ter em mente é que toda obrigação convencional limita os poderes soberanos de *ambos* ou *todos* os Estados partes, e se tal regra de interpretação restringisse uma parte contratante, teria o efeito de restringir igualmente as demais partes, o que pareceria um absurdo[53].

Voltando às observações iniciais desta seção, é pertinente observar que a primeira Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) não dispõe sobre o direito que rege a obrigação internacional dos Estados, mas sim sobre os instrumentos incorporando tais obrigações, quais sejam, os tratados. Ademais, preocupada com problemas práticos, a mencionada Convenção rejeita as classificações abstratas de tratados, tão comuns no passado (como, *e.g.*, a distinção entre *traité-contrat e traité-loi)*[54]. Das oito partes e anexo componentes da Convenção de Viena de 1969, destacam-se as partes I-IV (artigos 1º-41) como representativas do direito e prática internacionais existentes sobre a matéria, e a parte V (artigos 42-72), sobre nulidade, terminação e suspensão

op. cit. supra, N. 28, p. 623-674; Roberto Ago. Third Report on State Responsibility. *Yearbook of the International Law Comission* (1971)-II, Parte I, p. 226-233. Na disputa franco-britânica acerca dos *Decretos de Nacionalidade em Túnis e Marrocos* (1923), a CPJI estipulou que a competência em princípio exclusiva dos Estados em matéria de nacionalidade poderia vir a ser limitada por compromissos assumidos com outros Estados por meio de convenções internacionais; nesse caso, a competência do Estado, em princípio exclusiva, encontrar-se-ia limitada pelas regras de direito internacional; cf. K. Marek, *op. cit. supra* N. 30, p. 623-674.

52 Cf. as regras de interpretação contidas nos artigos 31-33 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, e comentários in: M. K. Yasseen. L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités. *RCADI*, v. 151, 1976, p. 9-112.

53 Lord McNair, *op. cit. supra* N. 51, p. 222-237, esp. p. 236-237.

54 S. Rosenne. Bilateralism and Community Interest in the Codified Law of Treaties. In: W. Friedmann; L. Henkin; O. Lissitzyn (eds.). *Transnational Law in a Changing Society – Essays in Honour of Ph. C. Jessup*. N.Y./Londres: Columbia University Press, 1972. p. 202-227.

de aplicação de tratados, como refletindo o "desenvolvimento progressivo" do direito internacional[55].

A referida Convenção de Viena considera "tratado" um termo genérico (abrangendo, *e.g.*, "acordo, ato, carta, convenção, pacto", etc.), significando um acordo internacional independentemente de sua designação particular. Não há formas prescritas (excluindo-se apenas acordos orais, embora até estes possam ter força jurídica), podendo o tratado comportar mais de um instrumento. Passou-se, curiosamente, a se referir até mesmo ao "pacto de cavalheiros" *(gentemen's agreement)* – colocado em evidência pelos trabalhos da III Conferência da ONU sobre o Direito do Mar (concluída com a Convenção de Montego Bay de 1982) – como "fonte" do direito internacional[56].

Somente tratados entre Estados recaem no âmbito da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 (artigo 1º), o que não deixa de ser surpreendente depois de ter a CIJ estipulado, em 1949, no parecer sobre as *Reparações de Danos*, serem as organizações internacionais (no caso, a ONU), dotadas de personalidade jurídica no plano internacional. No transcorrer da Con-

55 Sobre a Convenção em geral, cf. I. M. Sinclair. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*. Manchester: University Press/Oceana, 1973, p. 1-145; G. E. do Nascimento e Silva. *Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1971, p. 11-88; P. Reuter. *La Convention de Vienne sur le droit des traités*. Paris: Libr. Armand Colin, 1970, p. 5-89; E. de la Guardia e M. Delpech. *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena*. Buenos Aires: La Ley, 1970, p. 1 ss.; e cf. os comentários da Comissão de Direto Internacional da ONU. In: *International Law Commission Reports*, 1966, p. 10 ss.

56 P. M. Eisemann. Le Gentlemen's agreement comme source du droit international. *Journal du droit international*, v. 106, (Clunet) (1979), p. 326-349. O autor caracteriza o "pacto de cavalheiros" como um compromisso voluntariamente assumido pelos Estados, quando muito com efeitos jurídicos incompletos, coberto pelo princípio da boa-fé e de significação sobretudo política. Posteriormente, o *gentlemen's agreement* foi também utilizado na sessão de 1977 da Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário Aplicável nos Conflitos Armados (cf. ibid., p. 335-336). Para Eisemann, cumpre estudar o "pacto de cavalheiros" no capítulo das fontes do direito internacional principalmente ao se considerar o "dogmatismo do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça" e sua incapacidade de abranger o conjunto de atos normativos que contribuem para a formação dessas regras do direito internacional; *ibid.*, p. 326.

ferência de Viena de 1968-1969 tal exclusão causou estranheza a muitas delegações[57], tanto que o artigo 3º da Convenção houve por bem acrescentar que a exclusão não prejudicaria o valor jurídico de acordos internacionais entre Estados e outros sujeitos de direito internacional e a aplicação a esses acordos das regras contidas na Convenção às quais estariam submetidos em virtude do direito internacional, independentemente da mencionada Convenção de Viena.

Ao determinar que um acordo internacional deve ser regido pelo direito internacional (artigo 2º), a Convenção de Viena de 1969 deixou claro ser tal acordo, portanto, distinto de instrumentos regidos pelas normas dos sistemas jurídicos internos ou nacionais. Mesmo no período intermediário entre a assinatura e a entrada em vigor de um tratado, encontram-se os Estados na obrigação de não derrotar o objeto e propósito do tratado (artigo 18 da Convenção), dispositivo este que decorre do princípio da boa-fé[58], aceito tanto na doutrina quanto na prática. A noção de "objeto e propósito" de um tratado, consagrada na Convenção, foi inicialmente introduzida pela CIJ de Justiça em 1951 no parecer sobre as *Reservas à Convenção sobre o Genocídio*[59].

Foi este mesmo parecer que marcou a passagem gradual, em matéria de reservas a tratados, da regra da unanimidade, prevalecente antes de 1950, pela qual uma reserva a um tratado requeria sua aprovação expressa ou tácita por todos os Estados

57 Comentários in: P. K. Menon. The Law of Treaties with Special Reference to the Vienna Convention of 1969. *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, v. 56, 1978, p. 133-147, esp. p. 137-139. O artigo 4º estabelece a irretroatividade da Convenção de Viena, e o artigo seguinte admite aplicar-se a Convenção a tratado que seja o ato constitutivo de uma organização internacional.

58 Cf., a respeito, Manfred Lachs. Some Thoughts on the Role of Good Faith in International Law. In: *Declarations on Principles, a Quest for Universal Peace-Liber Amicorum Discipulorumque B.V.A. Röling*. Leyden: Sijthoff, 1977, p. 47-55; Roger Pinto. *Le droit des relations internationales.* Paris: Payot, 1972, p. 127-134; Bin Cheng, *op. cit. infra* N. 95, p. 105-160.

59 S. Rosenne, *op. cit. supra* N. 54, p. 223.

partes, ao teste da compatibilidade. Já em 1962 propunha a Comissão de Direito Internacional da ONU que a aceitação por outro Estado parte de uma reserva torna o Estado que formulou a reserva parte no tratado em relação ao Estado que a aceitou, a objeção por outro Estado parte de uma reserva impede a entrada em vigor do tratado entre o Estado que objeta e o que faz a reserva (a não ser que o Estado que objeta expresse intenção contrária), e um ato expressando o consentimento de um Estado em se ver obrigado por um tratado (e contendo uma reserva) é eficaz tão logo pelo menos outro Estado parte tenha aceito a reserva. De modo geral, a Convenção de Viena de 1969 incorporou a flexível doutrina pan-americana sobre reservas, consoante tendência nesse sentido da prática internacional nas três décadas anteriores[60].

É significativo que, na seção devotada à nulidade de tratados, tenha a referida Convenção de Viena incluído a coação como vício do consentimento (artigos 51-52). E os artigos 53 e 64 estabelecem a nulidade e terminação de tratados que estejam em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral[61] (*jus cogens*). Tais dispositivos podem servir de ilustração das polaridades de tensão entre o bilateralismo e os interesses gerais da comunidade internacional: a Convenção oscila constantemente entre ambos, pois, por exemplo, se por um lado se salienta o *jus cogens*, por outro lado é importante notar que a Convenção não adota a tese – tão defendida no passado por McNair[62] – de que um tratado poderia gerar um regime de caráter objetivo *erga omnes* em derrogação do princípio clássico *pacta tertiis nec nocent*

60 I. M. Sinclair. Vienna Conference on the Law of Treaties. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 19, 1970, p. 47-69. Sobre a questão, cf. artigos 19 e 20 da Convenção de Viena.

61 Cf. também o artigo 71 da Convenção.

62 Cf. A. D. McNair, *op. cit. supra* N. 9, p. 23-36.

nec prosunt[63]. Conforme observado por Rosenne, no decorrer dos prolongados trabalhos preparatórios sobre a matéria da Comissão de Direito Internacional da ONU, pode-se constatar a presença da noção de "community interest": primeiramente utilizada por Yepes em 1950, a ideia passou depois a aparecer no 1º relatório de Brierly (o primeiro relator), no 1º relatório de H. Lauterpacht (o segundo relator), ausentando-se dos relatórios de Fitzmaurice (o terceiro relator) para enfim ressurgir no 2º relatório de Waldock (o quarto e último relator sobre o tema)[64].

A noção parece ter sido reconhecida pela Convenção de Viena de 1969 como um todo, tornando, assim, possível, que o direito que ela enuncia não venha a ser aplicado em base exclusivamente bilateralista; se isto vier realmente a ocorrer – assinalou-se na época – os principais beneficiários serão "os Estados fracos e pequenos"[65]. A Convenção de Viena então adotada, mesmo sem ainda estar em vigor, por sua simples existência e pelo sucesso alcançado na Conferência de Viena de 1968-1969, veio representar um prêmio ao grande esforço intelectual dos membros da Comissão de Direito Internacional da ONU e um marco significativo no tormentoso processo histórico da codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional[66] em matéria de direito dos tratados.

Se, por um lado, a mencionada Convenção de Viena deixou de adotar o conceito de tratados estabelecendo "regimes jurídicos de caráter objetivo" (*supra*), por outro lado veio ela a consagrar significativamente o conceito de *jus cogens*[67], i.e., de normas imperativas

63 S. Rosenne, *op. cit. supra* N. 54, p. 207; e cf. Ph. Cahier, *op. cit. supra* N. 10, p. 589-736.

64 Cf. S. Rosenne, *op. cit. supra* N. 54, p. 212-219.

65 *Ibid.*, p. 226-227.

66 I. M. Sinclair, *op. cit. supra* N. 55, p. 144-145.

67 Para um histórico do conceito, remontando ao antigo direito romano, mas ressurgindo principalmente a partir do século XIX, cf. Jerzy Sztucki. *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties – A Critical Appraisal*. Vienna: Springer-Verlag, 1974, p. 6-11 e 97-108.

de direito internacional geral. Os *travaux préparatoires* da Convenção contêm algumas incertezas doutrinárias a respeito[68], tendo a expressão *jus cogens* encontrado mesmo oposição no início dos debates de 1963; o termo como tal apareceu pela primeira vez no 3º relatório de Fitzmaurice, voltando a surgir posteriormente no 2º relatório de Waldock[69]. Mesmo antes da Conferência de Viena, nos debates de 1963 e 1966 da Assembleia Geral da ONU (VI Comissão), ficou claro que a maioria dos internacionalistas dos países em desenvolvimento e dos países do leste europeu atribuía a maior importância ao conceito de *jus cogens*, o mesmo ocorrendo durante a Conferência, em que quase não houve oposição total ao conceito, muito embora as delegações dos países ocidentais (com o apoio de algumas delegações latino-americanas e afro-asiáticas) insistissem cautelosamente na necessidade de critérios – ainda que vagos – para a determinação das regras de direito internacional que constituíssem *jus cogens*[70]. Tanto depois quanto antes da adoção do conceito pela Convenção de Viena de 1969, abundante bibliografia especializada vinha florescendo no propósito de examinar e desenvolver a noção no contexto do direito internacional contemporâ-

68 Parecendo indicar que o *jus cogens* pode ser estabelecido por tratados e/ou costume; M. Akehurst, *op. cit. supra* N. 8, p. 281-285.

69 J. Sztucki, *op. cit. supra* N. 67, p. 104-105 e 108.

70 I. M. Sinclair, *op. cit. supra*, n. 60, p. 66-69; I. M. Sinclair, *op. cit. supra* N. 55, p. 124-129. Dentre estas últimas situa-se a delegação suíça, cuja declaração a respeito encontra-se reproduzida in: P. Reuter, *op. cit. supra* N. 55, p. 86-87. O consultor jurídico do Foreign Office britânico adotou igualmente posição cuidadosa, chamando a atenção para as dificuldades da configuração de normas de *jus cogens* acarretadas principalmente por diferenças ideológicas e disparidades na distribuição da riqueza mundial entre os Estados; embora admitindo a validade do conceito de *jus cogens* no direito internacional contemporâneo, advertiu para a necessidade de seu desenvolvimento com sabedoria, em prol da chamada comunidade internacional, e não para servir a propósitos políticos a curto prazo, o que poderia minar a "confiança na segurança dos tratados"; I. M. Sinclair, *op. cit. supra* N. 55, p. 129-131.

neo[71], superando as previsões e comentários céticos de autores que se precipitaram inadvertidamente em juízos prematuros[72].

Persiste, no entanto, mesmo em nossos dias, o problema central do conteúdo discernível do *jus cogens*. O Comentário da Comissão de Direito Internacional da ONU já sugerira, como incompatíveis com as regras de *jus cogens*, tratados que contemplassem o uso ilícito da força (contrário aos princípios da Carta da ONU), ou qualquer outro ato criminoso sob o direito internacional (tráfico de escravos, pirataria, genocídio)[73]. E já em parecer de 1951 sobre as *Reservas à Convenção sobre o Genocídio*, a CIJ ressaltara que os princípios humanitários subjacentes àquela Convenção eram

71 Cf., além das citações anteriores, *e.g.*: Ch. L. Rozakis. *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*. Amsterdam: North Holland Publ. Co., 1976, p. 1 ss.; E. Suy. The Concept of *Jus Cogens* in Public International Law. In: *Papers and Proceedings of the Conference on International Law* (Lagonissi/Grécia, 3-8 de abril de 1966). Genebra: C.E.I.P., 1967, p. 17-77; Ch. de Visscher. Positivisme et *jus cogens*. *Revue générale de droit internacional public*, v. 75, 1971, p. 5-11; M. Virally. Réflexions sur le *jus cogens*. *Annuaire français de droit international*, v. 12, 1966, p. 5-29; A. Verdross. *Jus dispositivum* and *Jus Cogens* in International Law. *American Journal of International Law*, v. 60, 1966, p. 55-63; J.A. Barberis. La liberté de traiter des États et le *jus cogens. Zeitschrift auslândisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Z.f.a.o.R.u.V.), v. 30, 1970, p. 19-45; U. Scheuner. Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of International Law. *Z.f. a.o.R.u.V.*, v. 27 e 29, 1967 e 1969, p. 520-532 e 28-38, respectivamente; H. Mosler. *Ius cogens* im Völkerrecht. *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht*, v. 25, 1968, p. 1-40; G. Schwarzenberger. The Problem of International Public Policy. *Current Legal Problems*, v. 18, 1965, p. 191-214; K. Marek. Contribution à l'étude du jus cogens en droit International. In: *Recueil d'études de Droit International en hommage* à *P. Guggenheim*. Genebra: I.U.H.E.I., 1968, p. 426-459; M. Schweitzer. *Ius cogens* im Völkerrecht. *Archiv des Völkerrechts*, v. 15, 1971, p. 197-223.

72 À luz, *e.g.*, das considerações anteriores e indicações bibliográficas da nota N. 71, *supra*, é estranho que um ilustre autor tenha afirmado que a noção de *jus cogens* "não foi pensada nem aprofundada quando dos debates de Viena" (P. Reuter, *op. cit. supra* N. 55, p. 21). Acrescenta o autor que, muito embora os casos de nulidade dos acordos internacionais – expondo a concepção moderna dos vícios do consentimento – e a noção de *jus cogens* constituam as novas tendências e a "parte progressista" da Convenção de Viena, os aspectos tradicionais da Convenção apresentam-se mais fortes e eficazes que os demais (cf. *ibid.*, p. 22 e 24): ora, seria altamente surpreendente se se passasse o contrário...

73 *Cit. in* I. M. Sinclair, *op. cit. supra* N. 55, p. 121-122, e cf. p. 130-131; cf. também relatos in: S. P. A. Ferrer. Los conceptos *ius cogens* y *ius dispositivum* y la labor de la Comisión de Derecho Internacional. *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 21, 1968, p. 763-780; E. Schwelb. Some Aspects of International *Jus Cogens* as Formulated by the International Law Commission. *American Journal of International Law*, v. 61, 1967, p. 946-975.

reconhecidamente "obrigatórios aos Estados, mesmo na ausência de qualquer obrigação convencional"[74].

Posteriormente, em conhecida passagem da decisão do caso *Barcelona Traction* (segunda fase, 1970), a CIJ chegou ao ponto de afirmar que há certas obrigações internacionais *erga omnes*, obrigações de um Estado *vis-à-vis* a "comunidade internacional" como um todo, que são do interesse de todos os Estados; "tais obrigações derivam, por exemplo, no direito internacional contemporâneo, da proibição de atos de agressão, e de genocídio, e também dos princípios e regras atinentes aos direitos básicos da pessoa humana, incluindo a proteção contra a escravidão e a discriminação racial. Alguns dos direitos correspondentes de proteção *ingressaram no corpus do direito internacional geral* [...]; outros são atribuídos por instrumentos internacionais de caráter universal ou quase universal"[75]. Assim, não deveria passar despercebido que, nos casos dos *Testes Nucleares* (Austrália e Nova Zelândia *versus* França, 1973-1974), um dos Estados reclamantes, a Nova Zelândia, argumentou *inter alia* que os testes nucleares empreendidos pela França na região do Pacífico Sul violavam não apenas o direito da Nova Zelândia de não permitir que nenhum material radioativo penetrasse em seu território, espaço aéreo e águas territoriais, *assim como* os de outros territórios do Pacífico *e também* "os direitos de todos os membros da comunidade internacional, incluindo a Nova Zelândia, de que nenhum teste nuclear produzindo *fall-out* radioativo fosse efetuado"[76].

74 Parecer de 28 de maio de 1951, *ICJ Reports*, 1951, p. 23.

75 Julgamento de 5 de fevereiro de 1970, *ICJ Reports*, 1970, p. 32 §§ 33-34 (grifo nosso).

76 ICJ, *Application Instituting Proceedings*, de 9 de maio de 1973, p. 8 e 15-16. Este aspecto foi talvez mais significativo do que o desenrolar final do caso, em que, dada a suspensão dos testes pela França, a Corte tendo ordenado medidas provisórias de proteção (cf. *ICJ Reports*, 1973, p. 99-106), recuou em seu julgamento de 20 de dezembro de 1974, mantendo que a disputa deixara de existir e evitando assim pronunciar sobre sua própria competência e a admissibilidade das petições (cf. *ICJ Reports*, 1974, p. 253-272 e 457-478), um ponto altamente questionável.

Mesmo nos idos de 1927, no caso *Lotus* supracitado, o argumento endossado pela CPJI, no dizer de um de seus juízes, de que "sob o direito internacional tudo o que não é proibido é permitido", foi alvo de severas críticas, não só de voto dissidente no próprio caso[77], como de internacionalistas da época[78]. Hoje ninguém duvida de que a era da base supostamente interestatal exclusiva do direito internacional pertence ao passado, estando superada a tese esposada pela antiga Corte da Haia em 1927 de que o direito internacional governa relações interestatais com fundamento em regras jurídicas emanando tão somente da "vontade" dos próprios Estados. Trata-se de visão que deixou de refletir com fidelidade a dinâmica do convívio internacional contemporâneo. Tal concepção somente poderia ter florescido em época "politicamente segura em termos globais"[79], bem diferente da de nossos dias, que testemunha o impasse nuclear – que vem de ser condenado, pela adoção nas Nações Unidas, em 7 de julho de 2017, do Tratado de Proibição de Armas Nucleares[80] – a crescente vulnerabilidade do Estado

77 Cf. Voto dissidente do juiz Loder, CPJI, caso *Lotus*, série A, n. 10, julgamento de 7 de setembro de 1927, p. 34 (tal concepção estava em desacordo com o "espírito do direito internacional").

78 J. L. Brierly. *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers*. Oxford: Clanendon Press, 1958, p. 144; H. Lauterpacht. *The Function of Law in the International Community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 409-412 e 94-96; e, posteriormente, G. Herczegh. Sociology of International Relations and International Law. In: G. Haraszti (ed.). *Questions of International Law.* Budapeste: Progresprint, 1971, p. 69-71 e 77.

79 Maarten Bos. Dominant Interest in International Law. *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 21, 1968, p. 234. Por sua vez, Kaplan e Katzenbach argumentam que o estudo das fontes do direito internacional deveria ater-se não apenas aos dados técnicos, mas também às considerações políticas (subjacentes às decisões judiciais internacionais). Assim, por exemplo, a evolução, ocorrida há alguns anos atrás, do sistema de equilíbrio de poder para o bipolar flexível acarretou várias implicações para a política interna dos Estados e para a preservação ou não de pelo menos alguns tratados; M. A. Kaplan e N. de B. Katzenbach. *Fundamentos Políticos do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964, p. 282-283, 263-264; e cf. p. 366. Sobre a questão da "mudança fundamental de circunstâncias" no direito dos tratados contemporâneo (artigo 62 da Convenção de Viena), cf., *e.g.*, E. B. Impallomeni. *Il Principio Rebus Sic Stantibus' nella Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati*. Milão: Giuffrè. 1974, p. 1-50; e, anteriormente, *e.g.*, O. J. Lissitzyn. Treaties and Changed Circumstances (*Rebus Sic Stantibus*). *American Journal of International Law*, v. 61, 1967, p. 895-922.

80 Para um estudo recente, cf. A. A. Cançado Trindade. *A Obrigação Universal de Desarmamento Nuclear*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2017, p. 41-224; A. A. Cançado Trindade. *The Universal*

territorial, a multilateralização dos contatos internacionais e a intensificação e complexidade das relações transnacionais.

Nada impede que dispositivos de tratados venham a ingressar no *corpus* do direito internacional geral, isto é, venham a gerar regras do direito internacional consuetudinário. Tal possibilidade foi cautelosamente admitida pela própria CIJ, no mesmo ano da conclusão da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados[81]. Conforme relata um participante da Conferência de Viena, na ocasião o representante da Suécia observou que grande parte do conteúdo da Convenção de 1969 "expressava simplesmente regras já existentes no direito internacional costumeiro", ao passo que o representante suíço, a seu turno, acrescentou que para preencher as lacunas que ainda persistiam "ainda se tornava necessário, na prática das relações internacionais, recair no costume"[82].

Com efeito, os próprios artigos 3º e 4º da referida Convenção contêm a expressão "independentemente da Convenção", que, na explicação do *chairperson* do Comitê de Redação da Conferência de Viena (Yasseen), tornou-se necessária "a fim de demonstrar que as regras estabelecidas na Convenção poderiam se aplicar, não como artigos da Convenção, mas com outros fundamentos, porque derivavam de outra fonte; por exemplo, o costume"[83]. Sinclair destacou ainda, a esse respeito, a referência do artigo 38 (*infra*) ao direito internacional costumeiro (podendo este ampliar a aplicação de regras convencionais), e o disposto no artigo 43 acerca de obrigações impostas aos Estados pelo direito internacional,

Obligation of Nuclear Disarmament. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2017, p. 41-224.

81 Em relação ao princípio da equidistância (para a delimitação de áreas da plataforma continental entre Estados adjacentes) consagrado no artigo 6º da Convenção de Genebra sobre a Plataforma Continental de 1958, cf. caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte* (Dinamarca e Países Baixos *versus* República Federal da Alemanha). Sentença de 20 de fevereiro de 1969, *ICJ Reports*, 1969, p. 41.

82 *Cit. in* I. M. Sinclair, *op. cit. supra* N. 55, p. 9 e 11.

83 *Cit. in ibid.*, p. 8.

independentemente de um tratado[84]: em todo caso, é sempre bom ter em mente que não se trata propriamente de efeitos de tratados *vis-à-vis* Estados terceiros, mas sim de um processo pelo qual dispositivos originalmente convencionais podem tornar-se obrigatórios a Estados terceiros *qua* regras do direito internacional costumeiro; o processo, tecnicamente alheio ao direito dos tratados propriamente dito, é fundamentalmente o de formação do costume internacional[85] (*supra*).

A esse respeito, a advertência contida no artigo 38 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados é inequívoca, ao dispor expressamente que "nada nos artigos 30 a 33[86] impedirá uma regra prevista em um tratado de tornar-se obrigatória para Estados terceiros como regras *consuetudinárias* de direito internacional, *reconhecidas como tais*"[87]. Mas se uma regra incorporada inicialmente em um tratado é ou não aceita posteriormente como uma regra de direito consuetudinário "é uma questão de fato", não cabendo aplicar critérios apriorísticos para tentar distinguir entre normas capazes e incapazes de se desenvolverem em regras costumeiras[88].

84 Dispõe o artigo 43 da Convenção de Viena que "a nulidade, a terminação, a denúncia, a retirada de uma das partes ou a suspensão da aplicação de um tratado como consequência da aplicação da presente Convenção ou das disposições do tratado não prejudicarão, de qualquer forma, o dever de um Estado de cumprir qualquer obrigação incorporada no tratado à qual estaria sujeito de conformidade com o direito internacional, independentemente do tratado".

85 I. M. Sinclair, *op. cit. supra* N. 55, p. 10, e cf. p. 23-26: a Convenção de Viena é em parte declaratória do direito costumeiro existente, e constitui em parte "desenvolvimento progressivo" do direito internacional, que por sua vez pode vir a gerar (novas) regras de direito costumeiro internacional.

86 Os artigos 31 a 33 versam sobre a interpretação de tratados, ao passo que o artigo 30 diz respeito à aplicação de tratados sucessivos sobre o mesmo assunto.

87 (Grifo nosso). Esta última expressão, "reconhecidas como tais", requer uma referência às considerações que acima traçamos sobre a *opinio juris* como elemento componente do costume internacional (*supra*). Cf., a esse respeito, *e.g.*, as ponderações da CIJ no caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte. ICJ Reports*, 1969, p. 41, par. 71.

88 M. Akehurst, *op. cit. supra* N. 41, p. 50.

Enfim, há que focalizar um aspecto relevante, mas até hoje negligenciado, qual seja, a significação de certas convenções não ratificadas para a formação do costume internacional. Conforme observou Eustathiades, os esforços de codificação então em curso, que iam "bem mais além da mera expressão do direito internacional costumeiro" do que convenções de outrora, caracterizavam-se cada vez mais pela inclusão do elemento do "desenvolvimento progressivo" do direito internacional[89]. Ora, pode ocorrer que mesmo alguma das chamadas "convenções de codificação" (tais como, *e.g.*, a própria Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais de 1986, as Convenções de Genebra sobre o Direito do Mar de 1958, a Convenção sobre Direito do Mar de 1982, a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, e a Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963, dentre outras) tenham que aguardar algum tempo para obter o número suficiente e necessário de ratificações para entrar em vigor.

As razões dessa não ratificação podem variar desde uma oposição genuína ao conteúdo de uma convenção até dificuldades puramente técnicas ou administrativas (*e.g.*, falta de especialistas ou conhecimento insuficiente do tema da convenção, dificuldades de tradução, etc.), e nem sempre um atraso na ratificação significa oposição à convenção[90]. É inegável que uma "convenção de codificação" assinada e que não tenha entrado em vigor, mas que tenha garantido um número substancial de ratificações possa contribuir para a formação do costume internacional, e que uma

89 C.Th. Eustathiades, *Unratified Codification Conventions* (Gilberto Amado Memorial Lecture). Genebra: United Nations Publ., 1973, p. 2 e 10.

90 Pode ocorrer que o Estado simplesmente não considera a ratificação tão urgente quanto certos problemas internos; cf. *ibid.*, p. 3-4 e 7.

regra nela incorporada possa sob certas condições tornar-se uma regra do direito internacional geral[91].

Invocando a decisão da CIJ no caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte* (Dinamarca e Países Baixos *versus* República Federal da Alemanha, 1969), ponderou Eustathiades que "no caso de uma convenção de codificação *latu sensu*, em outras palavras convenção que codifique e desenvolva progressivamente o direito internacional uma convenção que por assim dizer contenha inovações, o processo de codificação considerado independentemente da ratificação pode gerar novas regras costumeiras e assim alterar os direitos e deveres dos Estados independentemente do consentimento que a convenção deles requeira para tornar-se válida como tal"[92].

A propósito, vale ressaltar a rejeição categórica de Fitzmaurice da proposição de que o consentimento dos Estados seria a fonte última das regras do direito internacional: tal posição voluntarista--positivista é, a seu ver, contraditória e inconsistente, uma vez que o consentimento, externalizado por tratados ou pela prática dos Estados, é *ex hypothesi* incapaz de explicar ou justificar sua própria validade ou seus efeitos jurídicos, e tampouco a existência e validade dos princípios de direito essenciais a todo e qualquer sistema jurídico[93].

91 *Ibid.*, p. 78 e 12-13; "no passado a força de uma convenção assinada e não ratificada no direito internacional geral estava fora de dúvida no caso de uma convenção declaratória do direito costumeiro, e hoje tal força é fortalecida por sua extensão a convenções de codificação contendo novas regras em adição às existentes, i.e., pelo fato de abranger igualmente as novas regras" (*ibid.*, p. 7).

92 *Ibid.*, p. 13.

93 G. G. Fitzmaurice. Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law. In: *Symbolae Verzij1* (Présentées au Professeur J. H. W. Verzijl à l'Occasion de son LXXième Anniversaire). Haia: M. Nijhoff, 1958, p. 162-167 e 175; por conseguinte, o consentimento "jamais poderá constituir a única fonte formal do direito internacional" (*ibid.*, p. 167). Kaplan e Katzenbach rejeitam a tese do consentimento como elemento essencial e preponderante na formação do costume internacional obrigatório; para eles, o "consentimento", assim entendido, nada mais é do que "uma ficção usada para harmonizar a prática com a teoria" M. A. Kaplan e N. de B. Katzenbach, *op. cit. supra* N. 79, p. 272.

1.4. Os princípios gerais do direito

A inclusão dos princípios gerais do direito dentre as "fontes" do direito internacional consignadas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional da Haia pode ser explicada, conforme já indicado, por uma fundamentação jusnaturalista do direito internacional que, no entanto, corresponde tão somente a uma das concepções existentes (cf. *supra*). Tal inclusão veio a confirmar uma prática arbitral anterior, que contribuiu para a configuração da terceira "fonte" do direito internacional, historicamente mais recente que o costume e os tratados[94].

Persistem, no entanto, dúvidas e incertezas acerca do sentido dos princípios gerais do direito: para uns, a expressão diria respeito aos princípios de direito internacional propriamente dito, enquanto que para outros aos princípios dos direitos internos dos diversos Estados[95]; para uns seriam princípios de direito natural, enquanto outros combatem tal posição; há ainda a referência aos princípios reconhecidos pelas chamadas "nações civilizadas"[96]. Enquanto a linha divisória ente tratados e costume é clara, nem sempre é tão fácil distinguir as regras costumeiras dos princípios gerais do direito[97].

---

94 P. Guggenheim. Contribution à l'histoire des sources du droit des gens. *RCADI*, v. 94, 1958, p. 72-76 e 80-81.

95 Virally, por exemplo, advogava que os "princípios gerais do direito" derivam dos sistemas jurídicos nacionais, ou do direito interno em geral, ao passo que os "princípios do direito internacional" derivam do costume e dos tratados. Para ele, os "princípios de direito internacional" consignados em declarações de organizações internacionais não constituem *per se* uma fonte distinta do direito Internacional, dada a inexistência de um "legislativo" internacional; poderiam, no entanto, vir a tornar-se regras de direito internacional se originados em tratados ou no costume. M. Virally, *op. cit. supra* N. 40, p. 144-146.

96 D. W. Greig, *op. cit. supra* n. (6), p. 27, e cf. p. 26-31; Bin Cheng, *op. cit. infra* N. 97, p. 2-6.

97 Bin Cheng. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunais*. Londres: Stevens, 1953, p. 23. Cf. também as observações críticas de Ch. Chaumont. Cours général de droit international public. *RCADI*, v. 129, 1970, p. 456-464.

Na verdade, controvérsias se fizeram presentes durante a própria redação do artigo 38 do Estatuto da Corte da Haia em junho e julho de 1920. A Comissão Consultiva de Juristas, trabalhando na questão, tinha composição ilustre: Adatci, Altamira, Raul Fernandes (em substituição a Clovis Bevilaqua), barão Descamps, Hagerup, Albert de La Pradelle, Loder, Lord Phillimore, Ricci-Busatti, Elihu Root (assistido por J.B. Scott), sendo Anzilotti o secretário-geral da Comissão[98]. Os principais protagonistas do debate sobre os princípios gerais do direito foram o barão Descamps, Lord Phillimore e E. Root.

O barão Descamps, que acreditava em uma "justiça objetiva" (presente em teorias do direito natural), propusera originalmente à Comissão a expressão "consciência jurídica dos povos civilizados", contra cujo subjetivismo se insurgiu E. Root. (A expressão fora também utilizada por Clovis Bevilaqua). Lord Phillimore elaborou, juntamente com E. Root, uma emenda à proposta de Descamps. A conciliação, entre os princípios de "justiça objetiva" de Descamps, e os princípios de "direito comum" (Phillimore) ou reconhecidos pelas nações "civilizadas" *in foro domestico* (Root), operou-se com a expressão "princípios gerais do direito"[99].

A expressão incorpora, no entanto, a tensão da polaridade entre o jusnaturalismo (os princípios universais de justiça objetiva) e o positivismo (a busca dos princípios de direito cristalizados nos ordenamentos jurídicos nacionais)[100]. É, porém, inegável, que a expressão estabelece um claro liame entre o direito interno

98 *Cit. in* Bin Cheng, *op. cit. supra* N. 97, p. 6, N. 19.

99 P. Guggenheim, *op. cit. supra* N. 94, p. 76-77; Bin Cheng, *op. cit. supra* N. 95, p. 6-21; Maarten Bos, *op. cit. supra* N. 3, p. 33-39.

100 Uma confrontação das duas teses é visível pela comparação dos escritos de *e.g.*, Truyol (*op. cit. supra* N. 7, p. 141-143), de um lado, e Guggenheim, enfático defensor da concepção positivista da expressão, de outro lado (*op. cit. supra* N. 94, p. 77-79).

e o direito internacional[101]. Posteriormente se veio a insistir em um estudo "científico" dos direitos internos dos diversos Estados como o guia mais seguro para a identificação dos princípios gerais do direito; tal estudo requereria um levantamento o mais completo possível de direito comparado[102]. Subsistiam ainda, no entanto, algumas dificuldades, como a incerteza se um princípio geral do direito devia ser comum a todos os países ou a apenas a determinada maioria deles; Akehurst sugeriu que "grande parte da dificuldade de se provar os princípios gerais do direito poderia ser evitada se os tribunais internacionais se limitassem a aplicar os princípios gerais do direito, comuns às partes litigantes, sem indagar se tais princípios existem nos direitos internos de outros Estados"[103]. Já a pretensa dificuldade gerada pelo fato de não serem os princípios gerais do direito reconhecidos como "fonte" do direito internacional na então União Soviética[104] não deveria ser exagerada, pois era eles já reconhecidos como "fonte" do direito internacional em países como a China, a Hungria e a então Iugoslávia[105].

Já na década de cinquenta se tentavam identificar exemplos de princípios gerais do direito, reconhecidos pelas chamadas

---

101 Maarten Bos, *op. cit. supra* N. 3, p. 33-39.

102 M. Akehurst. Equity and General Principies of Law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 25, 1976, p. 817-819; A. A. Cançado Trindade. La méthode comparative en droit international: une perspective européene. *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, v. 55, 1977, p. 273-287; L. C. Green. Comparative Law as "Source" of International Law. *Tulane Law Review*, v. 42, 1967, p. 52-66.

103 M. Akehurst, *op. cit. supra* N. 102, p. 824 e 820.

104 *Ibid.*, p. 815-816; e cf. observações críticas de G. I. Tunkin. *Droit international public – problèmes thèoriques*. Paris: Pédone, 1965, p. 119-127.

105 M. Akehurst, *op. cit. supra* N. 102, p. 815. O argumento central do autor é o de que os princípios gerais do direito parecem fornecer o melhor critério ou base para determinar o conteúdo da própria equidade, e o reconhecimento de tais princípios como "fonte" do direito internacional torna a equidade (como conceito autônomo) redundante como uma espécie de subgrupo dos princípios gerais do direito; cf. *ibid.*, p. 801-825. Sobre a equidade, cf. observações *infra*.

"nações civilizadas", tais como o princípio da boa-fé, o princípio da *res judicata*, o princípio proscrevendo o abuso de direitos, dentre outros[106]. Em relação aos princípios gerais do direito nos procedimentos judiciais, há que se mencionar um substancial estudo, sob os auspícios da antiga Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, da ONU, sobre a igualdade na administração da justiça, baseado em dados concernentes aos sistemas jurídicos internos de inúmeros Estados[107]. Vale, ademais, relembrar que o artigo 38 da CIJ, tal como adotado (isto é, contendo referências *inter alia* ao costume e aos princípios gerais do direito), vem, na ponderação de um especialista na matéria, repudiar a tese de que "somente as regras criadas por meio de um processo formal são válidas", e sustentar o ponto de vista de que, "como os sistemas jurídicos internos, o direito internacional contém um certo número de princípios não formulados"[108].

1.5. Valor da jurisprudência internacional (decisões judiciais e arbitrais)

Não há como negar à grande massa de decisões arbitrais e judiciais o caráter de "fonte" do direito internacional, ainda que operando de modo intermitente e sendo as decisões não raro de

106 Cf. Bin Cheng, *op. cit supra* N. 97, p. 25-26 e seguintes; cf. também M. Virally, *op. cit. supra* N. 40, p. 148; G. de B. M. Boson, *op. cit. supra* N. 27, p. 27. Para uma crítica contundente à referência a "nações civilizadas" no artigo 38 do Estatuto da CIJ, cf. A. A. Cançado Trindade. *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*. 2ª ed. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2017, cap. III, p. 67-125.

107 Cf. M. A. Abu Rannat. *Study of Equality in the Administration of Justice.* N.Y.: United Nations, 1972, p. 1-270.

108 Bing Cheng, *op. cit. supra* N. 97, p. 23. Sobre a utilidade, para os tribunais, de recorrer aos "princípios gerais do direito", cf. M. O. Hudson. *Internacional Tribunals – Past and Future*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace/Brookings Institution, 1944, p. 108. E sobre a aplicação dos "princípios gerais do direito" nas decisões de organismos internacionais (*e.g.*, a OIT), cf., *e.g.*, M. A. Kaplan e N. de B. Katzenbach, *op. cit. supra* N. 79, p. 281. M. Bos sugere que "fontes" não escritas do direito internacional, como os princípios gerais do direito e o costume, prestam-se mais à dedução – ao passo que "fontes" escritas, como os tratados, certas decisões judiciais, e algumas decisões de organizações internacionais, prestam-se mais à indução. Maarten Bos, *op. cit. supra* N. 3, p. 7.

peso desigual (i.e., algumas mais inovadoras ou criativas do que outras). Decisões da Corte da Haia (CPJI e CIJ), por exemplo, podem conter um reconhecimento judicial ou mesmo proceder à aplicação de um costume geral – como nos casos do *Lotus* (1927), do *Wimbledon* (1923), do *Canal de Corfu* (1947), das *Reservas à Convenção sobre o Genocídio (1951)*, de *Nottebohm* (1955) – ou de um costume especial – a exemplo dos casos do *Asilo* (1950), dos *Nacionais dos EUA em Marrocos* (1952) e do *Direito de Passagem* (1960)[109].

Há que se observar, no entanto, que os tribunais de onde emanam as "decisões judiciais" aqui consideradas compreendem não apenas os tribunais internacionais, mas também os tribunais administrativos internacionais e os tribunais internos[110]. Não se poderia deixar de considerar estes últimos, conforme acentua o estudo de R. Falk, dada a ênfase "horizontal" do ordenamento jurídico internacional, de estrutura descentralizada, e em que são chamados a exercer importante função os tribunais nacionais, na área em que as ordens jurídicas nacional e internacional interagem[111].

Muito embora não fizesse a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça referência expressa alguma a qualquer norma

109 *Cit. in* A. A. D'Amato. *The Concept of Custom in International Law*. Ithaca: Cornell University Press, 1971, p. 251-252. Sobre o precedente judicial como fonte do direito internacional, cf. H. Lauterpacht. *The Development, of International Law by the International Court*. London: Stevens, 1958, p. 20-22; e cf. também p. 155-157 e 368-393.

110 D. W. Greig, *op. cit. supra* N. 6, p. 31-39. Para um estudo da jurisprudência dos tribunais administrativos internacionais, cf. A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies and the Law of International Organizations. *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, v. 57, 1979, p. 81--123, e referências.

111 R. A. Falk. *The Role of Domestic Courts in the International Legal Order*. N.Y.: Syracuse University Press, 1964, p. 21-52 e 170. E cf., posteriormente, *e.g.*, A. A. Cançado Trindade. *Reflexiones sobre la Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos* (Colección Cuadernos de Derechos Humanos, v. 3-95). Guatemala: Ed. del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, 1995, p. 3-41.

costumeira baseada na atividade dos tribunais internos, já na década de cinquenta houve juízes que se anteciparam, referindo-se a essa questão em votos dissidentes: assim, no caso das *Zonas de Pesca* (1951), o juiz Read se referiu à utilização, *inter alia*, por inúmeros tribunais internos, do método de delimitação da extensão das águas territoriais, a partir da linha costeira; pouco depois, no caso do *Ouro Monetário em Roma* (1954), o juiz Levi Carneiro também recorreu à prática dos órgãos judiciários internos[112]. Estes últimos podem, com efeito, em muito facilitar a operação do próprio direito internacional (em âmbito nacional)[113].

Há mesmo quem sugira que talvez a contribuição mais significativa dos tribunais internacionais no último século e meio para a elucidação e desenvolvimento das regras do direito internacional costumeiro tenha ocorrido na área de proteção dos direitos de estrangeiros (i. e., nacionais no exterior), em relação aos quais se estabeleceram *standards* pelos tribunais internos em inúmeros países, particularmente em relação aos direitos básicos à vida e à liberdade pessoal[114]. Vê-se nessa área uma interação significativa das atividades dos tribunais internacionais e dos tribunais internos.

Assim como decisões judiciais de tribunais internacionais podem clarificar certas questões de direito interno, decisões judiciais de tribunais nacionais podem igualmente trazer uma

112 Cf. *ICJ Reports*, 1951, p. 192 e (1954), p. 44, respectivamente, *cit. in* J. A. Barberis. Les arrêts des tribunaux nationaux et la formation du droit international coutumier. *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, v. 46, 1968, p. 247-253; acrescentou o autor que, mesmo à luz da jurisprudência anterior da CPJI, assim como da doutrina, é possível e viável a criação de regras costumeiras por meio da jurisprudência interna (nacional).

113 F. Morgenstern, "Judicial Practice and the Supremacy of International Law", 27 *British Year Book of International Law* (1950), p. 90.

114 Bin Cheng. The Contribution of International Courts and Tribunals to the Protection of Human Rights under International Customary Law. In: A. Eide; A. Schou (ed.). *International Protection of Human Rights – Proceedings of the Seventh Nobel Symposium*. Oslo, 1967; Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1968, p. 167-175. Cf. também C. H. Schreuer. The Impact of International Institutions on the Protection of Human Rights in Domestic Courts. *Israel Yearbook on Human Rights*, v. 4, 1974, p. 60-88.

importante contribuição ao discorrerem acerca de questões de direito internacional[115]. Há, aqui, um campo fértil de estudos, aberto aos pesquisadores, com o enfoque voltado à posição ocupada no ordenamento jurídico interno pelos dispositivos legais internacionais, ou para o exame ou interpretação do direito interno pelos órgãos judiciais internacionais, ou para a presença e relevância do direito interno no processo legal internacional, ou para a implementação das decisões judiciais internacionais pelos tribunais internos[116]. Controvérsias acerca da suposta "primazia" de uma, ou outra, ordem jurídica – a nacional e a internacional – tornam-se, assim, supérfluas. Por esse novo enfoque pode-se evitar o antagonismo irreconciliável e ocioso entre as duas posições clássicas dualista e monista, baseadas em falsas premissas.

1.6. Valor da doutrina

O próprio artigo 38 do Estatuto da CIJ cuida-se de indicar expressamente que a doutrina, assim como as decisões judiciais, constituem meio *auxiliar* para a determinação das regras de direito. A referência à doutrina é acompanhada de um qualificativo, a saber, "a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações"[117]. Talvez a influência dos autores tenha sido mais marcante na época de formação do direito internacional do que em nossos dias[118], a exemplo dos clássicos[119]. Muito embora ocupe a doutrina hoje

115 C. H. Schreuer. The Authority of International Judicial Practice in Domestic Courts. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 23, 1974, p. 698; e cf. C. H. Schreuer. The Implementation of International Judicial Decisions by Domestic Courts. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 24, 1975, p. 180-183.

116 A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts. *Archiv des Völkerrechts*, v. 17, 1977-1978, p. 333-360, e referências bibliográficas.

117 Artigo 38(1) (d) do Estatuto da CIJ.

118 Cf., nesse sentido, M. Akchurst. *A Modern Introduction to International Law*. 2ª ed. London: G. Allen & Unwin, 1971, p. 55.

119 *E.g., inter alia.* Hugonis Grotii. *De Iure Belli ac Pacis* (ed. B. M. Telders). The Hague: M. Nijhoff, 1948, p. 1-195.

posição relativamente modesta dentre as "fontes" do direito internacional, não se deve, no entanto, negligenciá-la.

Em alguns casos raros, um ou outro autor logrou influenciar a própria evolução do direito internacional em áreas específicas, como é o caso da sistematização de Borchard de vasto material, antes de sua obra desordenado, acerca da proteção diplomática de cidadãos no exterior[120]. Outro exemplo diz respeito ao direito do mar: muito embora tenham os Estados reivindicado direitos restritos em áreas adjacentes ao seu mar territorial muito antes de Gidel começar a escrever sobre tais reivindicações[121], "foi Gidel quem produziu o conceito de zona contígua como base para discussão acerca da validade de tais reivindicações"[122].

Uma característica da doutrina, que pode não raro ser tida como uma limitação, é o fato de refletir as percepções do direito internacional prevalecentes em cada país; lembrem-se, por exemplo, nesse sentido, certos hábitos derivados do próprio sistema jurídico interno e a tendência de preferir citações de autores do próprio idioma[123]. Acrescente-se o risco de um abordamento dogmático e autoritário, portanto, irrealista e inadequado, da disciplina. Certamente sempre haverá variações na interpretação das normas do direito internacional de país a país, e é natural e até certo ponto inevitável que isto ocorra. O que é de se evitar é uma ênfase *exagerada* em idiossincrasias, que nem sempre refletem com fidelidade as regras do convívio internacional.

120 E. M. Borchard. *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*. N.Y.: Banks Law Publ. Co., 1916, p. l ss.; e cf. ponderações a respeito in: Clive Perry. *The Sources and Evidences of International Law*. Manchester: University Press/Oceana, 1965, p. 107.

121 Cf. Gilbert Gidel. *Le droit international public de la mer*. 3 v. Châteauroux : Mellottée, 1932-1934.

122 M. Akehurst, *op. cit. supra* N. 118, p. 55-56.

123 *Ibid.*, p. 55-56, também para exemplos.

Em 1977, sugeriu Maarten Bos que a importância dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU talvez transcenda a da doutrina, não só por representar – como a doutrina – os ensinamentos dos publicistas mais altamente qualificados, mas também por possuir uma *qualidade internacional* não encontrável na doutrina tradicional, e por refletir hoje o pensamento de um corpo quase diplomático, realista, não distanciado das chancelarias e dos órgãos políticos da ONU e de outras organizações internacionais[124].

Tal composição atual da Comissão não é mero fruto do acaso e chega a contrastar com sua formação de anos atrás, em que juristas eminentes compunham a Comissão. Seus primeiros projetos, talvez demasiado pessoais, raramente se prestaram ao uso dos Estados, o que acarretou uma crescente "politização" da Comissão. Hoje ela se encontra mais voltada à elaboração, com o concurso de diversos Estados, de "textos verdadeiramente úteis e amplamente debatidos de forma a atingir os fins almejados de codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional"[125]. Daí resulta que o trabalho da Comissão de Direito Internacional apresenta, na observação de Jennings, uma certa confrontação em nível científico dos interesses variados de diferentes Estados[126].

Ainda na mesma linha de trabalhos conjuntos ou de equipe, cabe citar as obras de associações científicas internacionais, como os renomados *Institut de Droit International* e *International Law Association,* cujos anuários e relatórios, respectivamente, constituem um manancial precioso de ensinamentos que permitem acompa-

124 M. Bos, *op. cit. supra* N. 3, p. 64.

125 A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* N. 102, p. 275.

126 R. Y. Jennings. Recent Developments in the International Law Commission: Its Relation to the Sources of International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 13, 1964, p. 390.

nhar a evolução da doutrina sobre determinados temas de direito internacional[127].

1.7. O elemento de equidade

No decorrer do trabalho de redação, em 1920, do artigo 38 do Estatuto da Corte da Haia, a Comissão Consultiva de Juristas (cf. *supra*) concebeu a função da equidade como sendo bastante restrita, só devendo se aplicar se autorizada pelas partes; na ocasião, um dos membros da Comissão, E. Root, advertiu a respeito que a futura Corte não deveria ter o poder de legiferar[128]. Com efeito, a noção de equidade, que pelo parágrafo 2º do artigo 38 do Estatuto da Corte ocupa posição tão somente secundária dentre as "fontes" do direito internacional, sempre foi acompanhada de dúvidas e incertezas[129]. O artigo 38(2) limita-se a preservar "a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem".

A doutrina encontra-se dividida até mesmo no que tange às relações entre a equidade e as demais "fontes" do direito internacional, consagradas no artigo 38 do Estatuto da Corte. A distinção, por exemplo, entre a equidade e os princípios gerais do direito nem sempre foi compreendida com suficiente clareza. A esse respeito, vale recordar o ensinamento de Charles de Visscher de que, enquanto os princípios gerais do direito, assim como os tratados e o costume, revestem-se de "um caráter de generalidade ou de positi-

---

127 Cf. Institut de Droit International. *Livre du Centenaire 1873-1973: Evolution et perspectives du droit international*. Bâle: Karger, 1973, p. 124-473; G. Fitzmaurice. The Contribution of the Institute of International Law to the Development of International Law. *RCADI*, v. 138, 1973, p. 211-259; International Law Association. *The Present State of International Law, 1873-1973*. Kluwer: Deventer, 1973, p. 3-392.

128 M. Sorensen, *op. cit. supra* N. 5, p. 28-33.

129 Sobre tais incertezas e divergências, cf. *e.g.*, Charles Rousseau. *Droit International public*, v. I. Paris: Sirey,1970, p. 400-405.

vidade", a equidade, por outro lado, "caracteriza-se essencialmente como uma expressão individualizada da justiça"[130].

Segundo a celebrada classificação tripartite das funções da equidade, pode esta aplicar-se *infra legem* (adaptando o direito aos fatos dos casos concretos), *praeter legem* (preenchendo lacunas no direito), ou *contra legem* (como meio de recusar-se a aplicar leis injustas). Nem sempre esta classificação tem refletido com fidelidade a prática da matéria, e admite-se que essas três funções possam até certo ponto mesmo fundir-se entre si. A doutrina concorda em que a equidade *contra legem* não poderia aplicar-se na ausência de uma autorização expressa nesse sentido (como no artigo 38(2) do Estatuto da Corte, *supra*); a equidade *praeter legem é* de reduzida aplicação na atualidade, pelo simples fato de que as lacunas no direito internacional são hoje muito menos numerosas do que no passado; resta, assim, a equidade *infra legem*, a forma mais usual de sua aplicação, como, por exemplo, em disputas fronteiriças[131].

Tem-se ressaltado os riscos de aplicação da equidade, particularmente em períodos e situações de rápidas mudanças, pelos elementos de incerteza, exceção e subjetivismo que pode vir a introduzir; talvez por isso tenham os tribunais internacionais muitas vezes juntado a referências à equidade uma invocação simultânea do costume, de tratados (aplicáveis ou não), de princípios gerais do direito ou de decisões arbitrais anteriores[132]. Por outro lado, pode-se argumentar que como as origens de

130 Charles de Visscher. *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*. Paris: Pédone, 1972, p. 6-7.

131 M. Akehurst. Equity and General Principles of Law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 25, 1976, p. 801-813; Ch. de Visscher, *op. cit. supra* N. 130, p. 12-13. E cf., *e.g.*, caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte. ICJ Reports*, 1969, p. 32-33, 49-50 e 53, pars. 47, 91-92 e 100; caso da *Barcelona Traction* (Segunda Fase), voto arrazoado juiz G. Fitzmaurice, *ICJ Reports*, 1970, p. 84-86.

132 M. Akehurst, *op. cit. supra* N. 131, p. 811-812, Ch. de Visscher, *op. cit. supra* N. 130, p. 4.

muitas das regras do direito internacional geral encontram-se na "conciliação histórica dos interesses em conflito", compete à equidade continuar procedendo à "adaptação judiciária das regras às circunstâncias dos casos concretos"[133].

Com efeito, tem-se invocado tanto a equidade[134] quanto os princípios gerais do direito[135] em relação à proteção internacional dos direitos humanos: a equidade, no reconhecimento de certos "poderes inerentes" aos órgãos de implementação dos mecanismos ou procedimentos de proteção[136]; os princípios gerais do direito, no reconhecimento de certos direitos fundamentais consagrados tanto no Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU quanto em algumas constituições nacionais e consequente rejeição do voluntarismo positivista[137].

Hjertonsson vislumbra no julgamento de 1969 da CIJ no caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte* (Dinamarca e Países Baixos *versus* República Federal da Alemanha), um exemplo de decisão baseada em "considerações de equidade"[138]. De fato, ao indicar no caso que não havia um único método de delimitação aplicável em todas as circunstâncias, a Corte levou em conta vários fatores de natureza geográfica, geológica e econômica, tais como, e. g., a configuração geral do litoral, a estrutura físico-geológica, os

133 Ch. de Visscher, *op. cit. supra* N. 130, p. 9.

134 B. G. Ramcharan. Equity in the International Law of Human Rights. *Dalhousie Law Journal*, v. 5, (1979), p. 45-72.

135 N. K. Hevener; S. A. Mosher. General Principles of Law and the U.N. Covenant on Civil and Political Rights. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 27, 1978, p. 596-613.

136 B. G. Ramcharan, *op. cit. supra* N. 134, p. 52, 59 e 65-66.

137 N. K. Hevener; S. A. Mosher, *op. cit. supra* N. 13), p. 596-597, 601, 603-604 e 612-613.

138 Karin Hjertonsson. *The New Law of the Sea – Influence of the Latin American States on Recent Developments of the Law of the Sea*. Leiden/Stockholm: Sijthoff/Norstedts, 1973, p. 166, e cf. p. 163--168; sobre o costume e o direito do mar em geral, cf, *ibid.*, p. 117-175.

recursos naturais, as áreas de plataforma continental envolvidas e o grau de proporcionalidade (na delimitação)[139].

1.8. A questão dos atos jurídicos unilaterais

Dada a descentralização do ordenamento jurídico internacional, em que coexistem em regime de coordenação entidades politicamente organizadas como os Estados, não é de se surpreender que os atos unilaterais emanando desses últimos possam gerar *efeitos jurídicos*. A prática internacional admite, com efeito, que se possam assumir obrigações internacionais por meio de uma manifestação unilateral de vontade real e inequívoca; surge aqui, novamente, o problema fundamental do *consentimento* no direito internacional[140], a que já nos referimos no início do presente estudo. Na observação de Erik Suy, o ato unilateral corresponde a uma manifestação de vontade de um sujeito do direito internacional à qual este último vincula determinadas consequências; o ato emana de um só sujeito, não devendo depender, quanto à sua eficácia, de outro ato jurídico[141].

Para Suy, seria demasiado rígido e formalístico sustentar que só os tratados e convenções geravam compromissos obrigatórios para os Estados; o mesmo pode ocorrer com os atos unilaterais, que contribuem para formação do costume e favorecem a segurança e harmonia nas relações internacionais; são atos unilaterais previstos pelo direito costumeiro, *e.g.*, o protesto, a notificação, a promessa, a renúncia, o reconhecimento. Para ilustrar sua importância, relembrem-se, *e.g.*, a "declaração Ihlen" (de 1919), exemplo célebre de *promessa*, e, como exemplo de *protesto*, a rejeição pela Comissão

139 Cf. *ICJ Reports*, 1969, p. 54.

140 G. Venturini. La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats. *RCADI*, v. 112, 1964, p. 387-388, 391 e 400-401.

141 Erik Suy. *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*. Paris: LGDJ, 1962, p. 44.

arbitral em 1911, no caso *El Chamizal*, da pretensão dos Estados Unidos de prescrição aquisitiva e posse ininterrupta de território, realçando as contestações constantemente levantadas pelo México[142].

Há autores que são categóricos em afirmar que o ato unilateral pode gerar costume e de fato constitui-se em fonte do direito internacional[143], assim como há os que concordam com tal assertiva, mas com certas reservas[144]. Mesmo a enumeração, acima, de atos unilaterais não passa sem dificuldades. O *reconhecimento*, por exemplo, excetuadas as muito raras vezes em que se dá por meio de um tratado, é frequentemente um ato unilateral[145], mas não obstante ocupa uma "posição peculiar" no quadro geral das declarações unilaterais no direito internacional[146].

Na grande maioria das vezes, o reconhecimento, independentemente da forma com que é estendido, constitui um ato jurídico de manifestação de vontade unilateral com base no princípio da efetividade, ou melhor, na apreciação por parte de um Estado da efetividade em determinada situação, aceitando todas

142 E. Suy, *op. cit. supra* N. 141, p. 1-290.

143 Cf., *e.g.*, Ch. Rousseau, *op. cit. supra* N. 129, v. I, p. 416-418.

144 *E.g.*, os atos unilaterais, produzindo efeitos jurídicos mediante a aquiescência de outros Estados, atuariam como fonte quando determinada norma internacional lhes atribuísse tal consequência (de criar situações objetivas e obrigatórias); A. Miaja de la Muela. Los Actos Unilaterais en las Relaciones Internacionales. *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 20, 1967, p. 456-459, também para uma exposição de correntes doutrinárias a respeito. Virally observa que os atos unilaterais dos Estados são muito frequentemente considerados no direito internacional "no contexto de outras fontes daquele direito, a saber, o costume e os tratados"; M. Virally, *op. cit. supra* N. 40, p. 155. Cf. também as ponderações críticas de Ch. Chaumont, *op. cit. supra* N. 97, p. 464-469.

145 Ch. Rousseau, *op. cit. supra* N. 129, v. I, p. 426.

146 A. P. Rubin. The International Legal Effects of Unilateral Declarations. *American Journal of International Law*, v. 71, 1977, p. 5. Argumenta o autor que, em sua recente decisão no caso dos *Testes Nucleares* (Austrália e Nova Zelândia *versus* França, 1974), a CIJ teria agido *ultra vires*, ao atribuir ênfase excessiva a declarações unilaterais (como se fossem obrigatórias no caso); segundo o autor, para decidir o litígio de acordo com o direito internacional a Corte não poderia recorrer a fontes outras que as enumeradas no artigo 38 de seu estatuto (e declarações unilaterais permanecem excluídas do artigo 38); cf. *ibid.*, p. 1-30.

as consequências decorrentes para si, de tal ato[147]. Por outro lado, o não reconhecimento é também utilizado, na prática, para tentar impedir que uma situação de fato produza efeitos jurídicos[148].

É justamente em relação aos efeitos do reconhecimento que surgiu a disputa clássica entre as teses declaratória e constitutiva. A identificação do Estado é matéria controvertida, que na prática tem-se operado empiricamente, escapando frequentemente a critérios fixos ou regras preestabelecidas[149]. No que tange particularmente ao reconhecimento, os adeptos da tese *constitutiva* sustentam que o ato de reconhecimento é decisivo até mesmo para o surgimento da personalidade internacional do novo Estado e dos direitos e deveres normalmente a ela associados, ao passo que os defensores da *tese declaratória* advogam que o ato de reconhecimento é tão somente um ato político, formal, que normalmente precede o estabelecimento de relações diplomáticas com um Estado, que já existe como tal. Não surpreende que a tese declaratória seja hoje bem mais aceita: é certamente um exagero condicionar a própria configuração da personalidade internacional de um novo Estado, e dos direitos e deveres concomitantes, à vontade soberana dos Estados que o reconhecem já estabelecidos; estamos aqui diante de um excesso do positivismo voluntarista radical, hoje ultrapassado, que pretendera há algumas décadas que a vontade ar-

147 Erik Suy, *op. cit. supra* N. 141, p. 189-214; P. Reuter. *Institutions internationals*. 6ª ed. Paris: P.U.F. 1969, p. 120-128.

148 Cf. exemplos in: *e.g.*, Alf Ross. *A Textbook of International Law – General Part*. London: Longmans, 1947, p. 118-122; C. A. Colliard. *Institutions internationals*. Paris: Dalloz, 1956, p. 195-208; e cf. E. Suy, *op. cit. supra* N. 141, p. 189-214.

149 Cf., a respeito, o estudo de Krystina Marek. *Identity and Continuity of States in Public International Law*. 2ª ed. Genève: Droz, 1968, p. 1-619; e cf. também J. Verhoeven. L'État et l'ordre juridique international – remarques. *Revue générale de droit international public*, v. 82, 1978, p. 749-774; James Crawford. The Criteria for Statehood in International Law. *British Year Book of International Law*, v. 48, 1976-1977, p. 93-182; Ch. Rousseau. L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international. *RCADI*, v. 73, 1948, p. 213--219; James Crawford. *The Creation of States in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1979, p. 3-423.

bitrária dos Estados constituía fonte, não apenas de alguns de seus direitos, mas também de sua própria existência[150].

Tal posição é realmente insustentável, pois chegaria a tornar a própria existência de um Estado uma questão relativa, dependente do reconhecimento individual de cada outro Estado[151]; e, o que é mais grave, se o Estado não reconhecido fosse juridicamente não existente, tudo então seria permissível com relação a ele, bastando aqui recordar a declaração de Hitler da não existência da Tchecoslováquia às vésperas da invasão alemã de 15 de março de 1939, e a proclamação da União Soviética da extinção da Polônia antes da invasão soviética daquele país, de 17 de setembro de 1939[152].

As considerações acima aconselham certamente muita cautela no tratamento dos atos unilaterais do Estado sob o capítulo das fontes do direito internacional. No que diz respeito ao reconhecimento, a polêmica clássica desenvolve-se entre os que consideram, de um lado, o Estado, e de outro, o sistema jurídico (o direito internacional "objetivo"), como fonte última dos direitos e deveres internacionais[153]. A favor desta segunda posição tem-se ressaltado a inclusão dos "princípios gerais do direito" dentre as fontes do direito internacional enumerada no artigo 38 do Estatuto da CIJ[154].

150 H. Lauterpacht. *Recognition in International Law*. Cambridge University Press, 1947, p. 2, 51, 59, 62-63, 75 e 77.

151 Ti-Chiang Chen. *The International Law of Recognition*. London: Stevens, 1951, p. 40-42.

152 K. Marek, *op. cit. supra* N. 149, p. 146 e 148-149, e cf. também p. 149-150; T.-Ch. Chen, *op. cit. supra* N. 151, p. 33-38.

153 T.-Ch. Chen, *op. cit. supra* N. 151, p. 3; K. Marek, *op. cit. supra* N. 149, p. 134 e 144. Cf. também as ponderações de Hans Kelsen. Recognition in International Law – Theoretical Observations. *American Journal of International Law*, v. 35, 1941, p. 605-617.

154 T.-Ch. Chen, *op. cit. supra* N. 151, p. 28-29.

Ademais, é significativo observar que um Estado pode perfeitamente "existir" sem travar relações internacionais com alguns outros Estados e, não obstante, possuir certos direitos e contrair certos deveres. Há sempre Estados não reconhecidos por outros, negociações são conduzidas *a despeito* do não reconhecimento, até mesmo acordos são concluídos com base no não reconhecimento, e insiste-se às vezes na responsabilidade internacional de Estados não reconhecidos. Em suma, os Estados não encaram outros Estados não reconhecidos como isentos das normas do direito internacional[155].

Tudo isto demonstra que a determinação das condições de existência de um Estado cabe ao próprio direito internacional. Não é, pois, sem razão, que, se no passado o estudo da condição de Estado (*statehood*) vinculou-se estreitamente ao do ato unilateral do reconhecimento, por influência do positivismo voluntarista, a teoria e a prática modernas têm voltado sua atenção para as questões, de *statehood* e regras afins (*e.g.*, quanto ao *status*, competência, etc., das diversas unidades territoriais governamentais), independentemente do ato jurídico do reconhecimento, muito embora ainda não haja atualmente definição jurídica satisfatória de *statehood*[156].

Outro problema relativo à enumeração proposta dos atos unilaterais no direito internacional reside no fato de que o catálogo – abrangendo, como já visto, o reconhecimento, a promessa, o protesto, a notificação, a renúncia – não inclui certos atos das autoridades legislativas ou governamentais (tais como "proclamações" presidenciais, leis, decretos, etc.) que podem vir a ter significação ou repercussão no plano internacional.

155 K. Marek, *op. cit. supra* N. 149, p. 142-144; T.-Ch. Chen, *op. cit. supra* N. 148, p. 33-38; J. Crawford, "The Criteria..." *op. cit. supra* N. 149, p. 93 ss.; e cf. A. J. P. Tammes. The Legal System as a Source of International Law. *Nederlands Tijdschrift voor International Rechti*, v. 1, 1954, p. 374-384.

156 J. Crawford, "The Criteria...", *op. cit. supra* N. 149, p. 93-182; K. Marek, *op. cit. supra* N. 149, p. 160 e 158; T.-Ch. Chen, *op. cit. supra* N. 151, p. 55 e 62.

Os autores dividem-se entre os que acentuam que tais atos têm sido levados em conta no tratamento de certas questões de direito internacional[157] (como, *e.g.*, no direito do mar), e os que dogmaticamente se recusam a admitir que aqueles atos "internos", e pronunciamentos ou proclamações de autoridades governamentais (em âmbito nacional), possam influenciar na criação de obrigações internacionais[158].

No direito do mar, por exemplo, há que se ressaltar que as noções de zona contígua, mar territorial (e em seguida do mar patrimonial e da zona econômica exclusiva) formaram-se mais por meio de atos unilaterais de regulamentação por parte de cada Estado individualmente do que através de tratados multilaterais. Foi o que ocorreu também com a extensão do mar territorial a um limite de 200 milhas por parte de alguns Estados latino-americanos, por meio de atos unilaterais "internos" (proclamações, leis, decretos, etc.). Foi também o que ocorreu com a plataforma continental a partir da celebrada proclamação de Truman de 1945.

Chegou-se mesmo a sugerir que, nessa área do direito internacional, os múltiplos atos unilaterais, e também multilaterais, dos Estados latino-americanos, e sua repetição consistente durante um período de mais de trinta anos, contribuíram decisivamente para a formação de normas consuetudinárias, como a do limite exterior de 200 milhas do mar territorial[159]. A III Conferência da ONU sobre Direito do Mar, em seguida, voltou a atenção a conceitos então emergentes que já então pareciam refletir um consenso mais generalizado, como o de zona econômica exclusiva.

157 J. Dehaussy. Les actes juridiques unilatéraux en droit international public à propos d'une théorie restrictive. *Journal du droit international*, v. 92, (Clunet), 1965, p. 55-56, e cf. p. 63.

158 Cf., *e.g.*, A. P. Rubin, *op. cit. supra* N. 146, p. 27.

159 A. A. Aramburu Menchaca. La Costumbre y la Delimitación de los Espacios Marítimos en el Continente Americano. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, v. 38, (Lima, Peru) (1974), p. 5-39; cf. também K. Hjertonsson, *op. cit. supra* N. 138, p. 7-179.

Alguns autores têm tentado abordar os atos unilaterais dos Estados e os atos das organizações internacionais conjuntamente[160]. Parece-nos, no entanto, que tal procedimento pode dar margem a algumas incertezas, e que seria talvez mais apropriado procedermos a um exame dos atos das organizações internacionais separadamente do estudo dos atos unilaterais dos Estados.

1.9. A questão das resoluções das organizações internacionais

As seis últimas décadas têm acompanhado a evolução do importante fenômeno da ascensão e expansão das organizações internacionais, e gradual ampliação de seus poderes de regulamentação, variando de caso a caso. Conforme definição proposta em 1956 à Comissão de Direito Internacional da ONU, entende-se por organização internacional "uma coletividade de Estados estabelecida por um tratado, com uma constituição e órgãos comuns, possuindo uma personalidade distinta da de seus Estados-membros, e sendo um sujeito de direito internacional com capacidade para concluir acordos"[161].

Já em 1937 Kopelmanas, ressaltando a relevância da criação do direito por meio do costume (particularmente no caso do direito internacional), lançava uma pertinente advertência: embora no passado se acreditasse que tão somente os órgãos estatais contribuíam para a formação do costume por sua prática internacional, chegaria a época em que a atuação de órgãos internacionais (*e.g.*, de organizações internacionais) também devesse ser levada em conta. Kopelmanas chegou mesmo a afirmar que "a análise do direito positivo nos permite concluir que todos

160 Cf. J. Dehaussy, *op. cit. supra* N. 157, p. 45, 53-54 e 59-61; A. Miaja de la Muela, *op. cit. supra* N. 144, p. 431-434.

161 *Cit. in Yearbook of the International Law Commission* (1956)-II, p. 108; a definição foi proposta por G. G. Fitzmaurice, *rapporteur* de direito dos tratados.

os sujeitos de direito que se encontram em contato próximo ou mesmo distante com as relações internacionais contribuem para a formação do costume internacional”[162].

Posteriormente se observou, na mesma linha de pensamento, que só se poderia negar à prática das organizações internacionais a capacidade de contribuir para a formação do costume[163] com base em uma concepção tradicional e “estritamente voluntarista” do direito internacional que mantivesse o monopólio da vontade tão somente dos Estados para a criação do direito internacional[164]; ora, quando pouco seria “paradoxal reconhecer às organizações o poder de concluir acordos[165] e simultaneamente negar-lhes toda capacidade de contribuir para a formação do costume” [166].

A atuação dos organismos internacionais, em setores os mais diversos, se externaliza habitualmente através de resoluções, de relevância e significação variáveis: algumas servem de instrumento de exortação, outras enunciam princípios gerais, e outras requerem determinado tipo de ação visando resultados específicos. Se apreciarmos certas resoluções de um organismo internacional

---

162 Lazare Kopelmanas. Custom as a Means of the Creation of International Law. *British Year Book of International Law*, v. 18, 1937, p. 151; assim, exerce papel principal ou preponderante o próprio *conteúdo* da regra costumeira; a despeito das incertezas quanto à existência ou não de uma regra costumeira e dos fatores extralegais sempre presentes, é o costume não obstante mais adequado às relações internacionais do que a regulamentação legislativa (*ibid.*, p. 151).

163 Sobre tal capacidade, declarou o juiz Ammoun, em seu voto arrazoado no caso da *Barcelona Traction* (segunda fase, 1970), que “as posições tomadas por delegados de Estados em conferências e organizações internacionais, e particularmente nas Nações Unidas, fazem naturalmente parte da prática dos Estados” e “constituem precedentes contribuindo para a formação do costume”. *ICJ Reports*, 1970, p. 302-303.

164 M. Virally, *op. cit. supra* N. 40, p. 139.

165 Cf. a respeito, *e.g.*, Clive Parry. The Treaty-Making Power of the United Nations. *British Year Book of International Law*, v. 26, 1949, p. 108-149; Y. Souliotis. La capacité des organisations internationales de conclure des accords d’après leurs actes constitutifs et la pratique. *Revue hellénique de droit international*, v. 25, 1972, p. 201-225; Badr Kasme. *La capacité de l’Organisation des Nations Unies de conclure des traités*. Paris : LGDJ, 1960, p. 49-62.

166 M. Virally, *op. cit. supra* N. 40. p. 139.

sobre determinado tema, como intimamente vinculadas entre si, como partes de um processo contínuo no tempo, poderemos vir a nelas identificar um conteúdo mais específico, refletindo uma *opinio juris* de consenso generalizado, como ocorreu, *e.g.*, com as questões da descolonização, do reconhecimento do direito de autodeterminação dos povos, e da soberania permanente dos Estados sobre seus recursos naturais[167].

Tal método de cristalização de novos conceitos e princípios gerais, em geral acompanhados ulteriormente de certos mecanismos de supervisão e controle, pode vir a suprir em parte a insuficiência das modalidades tradicionais de formação do direito internacional – consignada no artigo 38 do Estatuto da CIJ – principalmente na regulamentação das relações entre Estados em diferentes graus de desenvolvimento econômico[168]. Na prática, cada órgão internacional, no exercício normal de suas funções, tem procedido à determinação da chamada "constitucionalidade" de seus próprios atos, e a própria prática do órgão tem-se tornado fator decisivo para a determinação do âmbito legal de suas funções específicas[169]. Com efeito, um exame meticuloso da jurisprudência da CIJ sobre a matéria revela que ao órgão judicial principal da ONU não têm faltado ocasiões para pronunciar-se no sentido de aceitar a própria prática organizacional como elemento de interpretação na determinação dos poderes atribuídos às organizações internacionais[170].

É possível identificar certos fatores que afetam a significação das resoluções adotadas pelas organizações internacionais. Pode-

167 A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* N. 39, p. 123-158.

168 Institut Universitaire de Hautes Études Internationales. *Les résolutions dans la formation du droit international du développement*. Genève: IUHEI, 1971, p. 5-19.

169 Jorge Castañeda. *Legal Effects of United Nations Resolutions*. N.Y.: Columbia University Press, 1969, p. 1-16.

170 A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* N. 39, p. 123-133.

-se, de início, investigar, pelas circunstâncias da decisão, se houve intenção por parte do órgão internacional em questão de formular proposições, normas ou princípios existentes de direito internacional. É inegável que tal ocorreu nas declarações da Assembleia Geral da ONU a respeito da Soberania Permanente sobre Recursos Naturais (1962 em diante) ou sobre Proibição do Uso de Armas Nucleares e Termonucleares (1961). A ênfase pode também recair no consenso, como novo processo decisório e método de se estender o direito internacional a novas áreas (*e.g.*, os trabalhos da Unctad, da III Conferência da ONU sobre Direito do Mar, os trabalhos preparatórios da Conferência da ONU de 1974 sobre População, os trabalhos do Comitê Consultivo da ONU sobre Usos Pacíficos da Energia Atômica, dentre outras)[171], como é o caso das declarações da Assembleia Geral da ONU sobre os Princípios Jurídicos Regendo as Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico (1961 e 1963).

No exame dos *travaux préparatoires* precedendo a adoção de resoluções pelos organismos internacionais, pode-se também tentar detectar a função do direito e de considerações jurídicas no processo decisório, o que é até certo ponto determinado pela própria natureza do tema em questão. Enfim, certas resoluções que pretendem promover programas específicos da organização internacional podem conter certos princípios de direito (ou ser exortatórias); poderiam ser aqui citadas a Declaração da ONU

171 Cf. C. W. Jenks. Unanimity, the Veto, Weighted Voting, Special and Simple Majorities and Consensus as Modes of Decision in International Organizations. In: *Cambridge Essays in International Law – Essays in Honour of Lord McNair*. London: Stevens/Oceana, 1965, p. 48-63; E. M. Chossudovsky. Some Reflections in the Light of UNCTAD's Experience. In: *Les résolutions dans la formation du droit international du développement*. Genève: I.U.H.E.I., 1971, p. 173-182; D. Vignes. Will the Third Conference on the Law of the Sea Work According to the Consensus Rule? *American Journal of International Law*, v. 69, 1975, p. 119-129; G. de Lacharrière. Consensus et Nations Unies. *Annuaire français de droit international*, v. 14, 1968, p. 9-14; S. Bastid. Observations sur la pratique du consensus. In: *Multitudo Legum Jus Unun Festchrift für Wilhelm Wengler*, v. I. Berlin: Inter-Recht 1973, p. 11-25; F. Y. Chai. *Consultation et consensus*: *un aspect du fonctionnement du Conseil de Sécurité*. N.Y.: UNITAR, 1971, p. 3-45.

sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Coloniais (1960), e a Declaração da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1963, seguida, três anos depois, da Convenção da ONU sobre a matéria)[172]. Dadas as modalidades distintas de resoluções adotadas por organismos internacionais, é natural que seus efeitos jurídicos também sejam variados. Um exemplo claro seria o do contraste marcante entre as *recomendações da Assembleia Geral* (artigos 10 a 14 da Carta da ONU) e as *decisões do Conselho de Segurança* (artigo 25), uma vez que estas últimas, ao contrário das primeiras, têm efeito mandatório[173].

Somente nas duas décadas estendendo-se de 1946 a 1966, a Assembleia Geral da ONU votara mais de duas mil resoluções, de natureza e importância variadas. É possível, embora difícil, sistematizar até certo ponto esta vasta massa de manifestações formais de decisão ou opinião por parte dos organismos internacionais. Já nos referimos a resoluções contendo *declarações* ou pronunciamentos de ordem geral. Esse tipo de resoluções vem suprir uma insuficiência básica da sociedade internacional em que, não raro, incertezas, instabilidade e mesmo contradições acerca das regras que regem ou devem reger a conduta das relações internacionais decorrem da própria ausência de órgãos legislativos permanentes e da natureza não institucionalizada do processo pelo qual o direito internacional é criado[174]. Tais declarações de

172 O. Y. Asamoah. *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*. The Hague: M. Nijhoff, 1966, p. 68-213.

173 F. A. Vallat. The Competence of the United Nations General Assembly. *RCADI*, v. 97, 1959, p. 207-287; muito embora as recomendações da Assembleia Geral da ONU não sejam estritamente obrigatórias, acarretam elas, não obstante, efeitos jurídicos, o que é muito importante, principalmente no contexto da paz e segurança internacionais, pois quando o Conselho de Segurança se paralisa (*e.g.*, em virtude do veto) é a Assembleia Geral quem recomenda as medidas a serem seguidas. Sobre os efeitos das resoluções da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança, cf. também, *e.g.*, M. K. Nawaz. Law and International Organization – A Perspective on the United Nations. *Indian Journal of International Law*, v. 17, 1977, p. 234-241.

174 J. Castañeda, *op. cit. supra* N. 166, p. 165-196.

princípios gerais tiveram capital importância no desenvolvimento do sistema interamericano (*e.g.*, proibição de guerras de conquista, sistema continental de consultas); ainda que não obrigatórias estas resoluções criaram órgãos permanentes, transcendendo a duração das conferências interamericanas em que eram adotadas, e estabeleceram assim as bases da futura OEA[175].

Há outro tipo de resoluções, expressando e registrando um acordo entre os membros de um órgão internacional; são os chamados *accords en forme simplifiée*. Estas resoluções-acordos, de natureza obrigatória quando relativas à estrutura e funcionamento internos, constituíram-se em um instrumento extremamente útil para solucionar problemas organizacionais do sistema interamericano nascente (*e.g.*, criação de órgãos permanentes, de regras processuais, etc.), antes mesmo da criação da OEA e sua carta constitutiva em que basear a força obrigatória das resoluções. Exemplo ilustrativo foi o da resolução da Conferência Interamericana do México, de 1945, intitulada "Reorganização, Consolidação e Fortalecimento do Sistema Interamericano"[176].

Certas resoluções determinam a existência de fatos ou situações legais concretas. É intuitivo que só são elas válidas em relação a cada caso concreto. Por exemplo: a determinação, pela Assembleia Geral da ONU, de que a África do Sul não obedecera aos preceitos do mandato da África do Sudoeste (hoje, Namíbia), capacitou a mesma Assembleia Geral, com base em sua determinação, a em seguida terminar o mandato, e assim proceder à realização do objetivo do Pacto da Liga das Nações e da Carta da ONU, a saber, no caso o autogoverno ou independência do povo do território da Namíbia[177].

175 *Ibid.*, p. 177-180.

176 *Ibid.*, p. 150-164.

177 *Ibid.*, p. 117-138.

As únicas decisões realmente *mandatórias*, além das decisões do Conselho de Segurança sob o artigo 25 da Carta da ONU, a que já nos referimos, são as resoluções relativas à estrutura *interna* do organismo internacional. Há, na ONU, questões internas sobre as quais se tomam decisões *mandatórias* pela ação conjunta da Assembleia Geral com recomendação prévia positiva do Conselho de Segurança, a saber: admissão, suspensão e expulsão de membros da ONU, e nomeação do Secretário-Geral[178].

É significativo observar que, nos últimos anos, a questão da natureza jurídica e efeitos das resoluções das organizações internacionais tem gerado considerável literatura especializada, não raro vinculando a questão ao problema das "fontes" do direito internacional[179]. Ao favorecer o desenvolvimento de *standards* de comportamento internacional, tais resoluções têm contribuído para moldar o direito internacional costumeiro e para cristalizar, a longo prazo, os princípios gerais emergentes do direito

178 *Ibid.*, p. 22-116. Quanto ao caráter mandatório das decisões do Conselho de Segurança, cf. discussão in: R. Higgins. The Advisory Opinion on Namíbia: Which U.N. Resolutions Are Binding Under Article 25 of the Charter? *International and Comparative Law Quarterly*, v. 21, 1972, p. 270-286. No que tange aos modos pelos quais são adotadas resoluções pelas organizações internacionais (processo decisório), cf., *e.g.*, C. W. Jenks, *op. cit. supra* N. 171, p. 48-63; R. Y. Jennings. General Course on Principles of International Law. *RCADI*, v. 121, 1967, p. 592-595; A. El-Erian. The Legal Organization of International Society. In: M. Sorensen (ed.). *Manual of Public International Law*. London: MacMillan, 1968, p. 90-92 e 98-100; I. L. Claude Jr. *Swords into Piowshares*. 4ª ed. N.Y.: Random House, 1971, p. 118-162; J. G. Starke. *Introduction to International Law*. 7ª ed. London: Butterworths, 1972, p. 602 e 607-608.

179 Cf., *inter alia*, A. J. P. Tammes. Decisions of International Organs as a Source of International Law. *RCADI*, v. 94, 1958, p. 265-363; S. El Naggar. The Recommendations of the U. N. Conference on Trade and Development as a Means of Creating International Norms. In: *Les résolutions dans la formation du droit international du developpement*. Genève: I.U.H.E.I., 1971, p. 165-171; D. H. N. Johnson. The Effect of Resolutions of the General Assembly of the United Nations. *British Year Book of International Law*, v. 32, 1955-1956, p. 97-122; M. Virally. La valeur juridique des recommendations des organisations internationales. *Annuaire français de droit international*, v. 2, 1956, p. 66-96; P. B. Sloan. The Binding Force of a "Recommendation" of the General Assembly of the United Nations. *British Year Book of International Law*, v. 25, 1948, p. 1-33; S. A. Bleicher. The Legai Significance of Re-Citation of General Assembly Resolutions. *American Journal of International Law*, v. 63, 1969, p. 444-478; K. Skubiszewski. Enactment of Law by International Organizations. *British Year Book of International Law*, v. 41, 1965--1966, p. 198-274; J. Castañeda. Valeur juridique des résolutions des Nations Unies. *RCADI*, v. 129, 1970, p. 205-332.

internacional[180]. Ainda que se lhes negasse o caráter de “nova fonte” do direito internacional, ter-se-ia, no entanto pelo menos que se admitir que contribuem elas para a formação ou cristalização do direito consuetudinário, e possivelmente mesmo dos “princípios gerais do direito”, além de fornecerem indicações sobre a *opinio juris* da comunidade jurídica internacional[181].

É provável que alguns Estados identifiquem hoje no “multilateralismo” no processo decisório um fator até certo ponto compensador de suas desigualdades de poder no cenário internacional. Talvez a ilustração mais enfática resida na nova técnica do consenso, como expressão da vontade no plano multilateral[182], a que já nos referimos (*supra*). Em estudo a respeito, observa Erik Suy que “a institucionalização progressiva do procedimento do consenso – de direito ou de fato – é uma indicação de que aqui nos defrontamos com um método de tomada de decisão muito importante que provavelmente exercerá uma função proeminente no direito das organizações internacionais e na doutrina das fontes do direito internacional”[183]. É este um elemento que se deve sempre ter em mente, à luz da consideração inicial do presente estudo de que

180 E. Hambro. Some Notes on Parliamentary Diplomacy. In: W. Friedmann; L. Henkin; O. Lissitzyn (ed.). *Transnational Law in a Changing Society – Essays in Honor of Ph.C. Jessup*. N.Y.: Columbia University Press, 1972, p. 280-297; e cf., anteriormente, sobre o tópico, Ph. Jessup. Parliamentary Diplomacy: An Examination of the Legal Quality of the Rules of Procedure of Organs of the United Nations. *RCADI*, v. 89, 1956, p. 185-319. Sobre a importância de tais resoluções para a formação do costume, cf. também R. Monaco. Fonti e Pseudo Fonti del Diritto Internazionale. *Rivista di Diritto Internazionale*, v. 61, 1978, p. 743-744 e 747-758, esp. p. 751.

181 Edvard Hambro, “Some Notes on the Development of the Sources of International Law”, 17 *Scandinavian Studies in Law*, (1973), p. 77-93, esp. p. 92.

182 Cf., a respeito, J. Monnier. Observations sur quelques tendances récentes en matière de formation de la volonté sur le plan multilatéral. *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht/Annuaire suisse de droit international*, v. 31, 1975, p. 31-51; e, anteriormente. H. Rolin. De la volonté générale dans les organisations internationales. In: *La technique et les principes di droit public – Études en l'honneur de Georges Scelle*, v. II. Paris: LGDJ, 950, p. 553-564.

183 Erik Suy. The Meaning of Consensus in Multilateral Diplomacy. In: *Declarations on Principles, A Quest for Universal Peace – Liber Amicorum Discipulorumque B.V.A. Röling*. Leyden: Sijthoff, 1977, p. 272.

todo o capítulo das "fontes" do direito internacional poderia ser estudado com a atenção voltada ao problema fundamental do *consentimento* no direito internacional (cf. *supra*).

É este um verdadeiro problema, dados os reconhecidos limites do consentimento no direito internacional contemporâneo. É natural que a crescente complexidade da atuação dos organismos internacionais torne mais visíveis os focos de tensão entre o sistema jurídico internacional[184] contemporâneo e os pressupostos restritivos do sistema interestatal tradicional. Essa tensão se faz hoje presente em diversas áreas do direito internacional, conforme já se ressaltou em relação até mesmo ao direito dos tratados (cf. *supra*). Na própria Carta da ONU encontram-se normas orientadas ao sistema internacional e normas voltadas aos Estados[185].

A atuação das organizações internacionais tem contribuído para a formação de normas do direito internacional de modos distintos. O mais comum e frequente é através da adoção de resoluções, conforme já acentuado. Os debates precedendo à adoção de resoluções, em que têm os Estados participantes a oportunidade de externalizar seus pontos de vista, são importantes para a verificação da existência ou não de uma *opinio juris*[186]. Ademais, as organizações internacionais têm às vezes se encarregado da realização de trabalhos preparatórios conducentes à conclusão de tratados (*e.g.*, a atuação da Comissão de Direito Internacional da ONU); os textos convencionais adotados nas conferências gerais têm bastante peso mesmo para os Estados que não os ratificaram. Além de

184 Cf. A. J. P. Tammes, *op. cit. supra* N. 155, p. 374-384; J. H. F. van Panhuys. Relations and Interactions between International and National Scenes of Law. *RCADI*, v. 112, 1964, p. 9-81.

185 W. D. Coplin. International Law and Assumptions about the State System. *World Politics*, v. 17, n. 43, 1965, p. 627.

186 H. Bokor-Szegó. The Contribution of International Organizations to the Formation of the Norms of International Law. In: Hungarian Branch of the International Law Association (ed.). *Questions of International Law*. Budapeste: Progresprint, 1971, p. 20-21.

facilitar consideravelmente a conclusão de tais instrumentos internacionais, não raro os organismos internacionais exercem uma função relevante também na implementação de certos tratados ou convenções[187] (*e.g.*, na área de proteção internacional dos direitos humanos).

Cabe, no entanto, ressaltar que as regras derivadas de resoluções das organizações internacionais têm fonte que se distingue do costume, dos tratados, e dos princípios gerais do direito, e que não recaem sob qualquer das categorias formalmente enumeradas no artigo 38 do Estatuto da CIJ. A grande maioria dessas resoluções diz respeito ao direito interno ou próprio das organizações internacionais, voltando-se menos frequentemente aos Estados-membros[188]. Por vezes indicam-se a semelhança de efeitos dessas resoluções e de tratados, o fato de que resoluções mandatórias são adotadas com base em uma autorização convencional, e a relativa fraqueza dessa modalidade de processo decisório, mas tais receios não têm logrado impedir que, para muitos, as resoluções das organizações internacionais constituam hoje uma nova e distinta "fonte" do direito internacional contemporâneo[189].

E, o que é ainda mais significativo, o silêncio do artigo 38 do Estatuto da CIJ acerca das resoluções das organizações internacionais "não tem impedido a Corte de aplicar o direito interno de algumas organizações internacionais": Skubiszewski

187 *Ibid.*, p. 21-22, 25 e 27. Também Lachs advoga que as organizações internacionais participam da formação do direito internacional contemporâneo, e de modo direto no que diz respeito ao âmbito de seu direito interno ou próprio; Manfred Lachs. Le rôle des organisations internationales dans la formation du droit international. In: *Mélanges offerts à Henri Rolin-Problèmes de droit des gens*. Paris: Pédone, 1964, p. 168-169 ; e cf. p. 157-170.

188 K. Skubiszewski. A New Source of the Law of Nations: Resolutions of International Organisations. In: *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*. Genève: I.U.H.E.I., 1968, p. 508 e 510-511. Sobre a atividade juridicamente relevante do Secretariado da ONU, por exemplo, cf. O. Schachter. The Development of International Law through the Legal Opinions of the United Nations Secretariat. *British Year Book of International Law*, v. 25, 1948, p. 91-132.

189 K. Skubiszewski, *op. cit. supra* N. 185, p. 518-520, e referências.

relembra, a esse respeito, três pareceres da Corte no período 1954-1962[190]. Posteriormente, no caso da *Barcelona Traction* (segunda fase, 1970), um dos juízes da Corte foi mais além, ao destacar expressamente "uma tendência marcante da doutrina, refletindo os aspectos novos da vida internacional, favorável a se atribuir às resoluções, e particularmente às declarações da Assembleia Geral da ONU, o caráter de fonte pelo menos subsidiária ou auxiliar do direito internacional, a ser acrescentada às fontes clássicas do artigo 38 do Estatuto da Corte"[191]. Observou ainda o juiz Ammoun que, "à luz da prática dos Estados manifestada dentro de organizações e conferências internacionais, não se pode negar, com relação às resoluções que daí emergem, ou melhor, com relação aos votos aí expressados em nome dos Estados, que estes constituam precedentes contribuindo para a formação do costume"[192].

Enfim, a própria CIJ, em várias passagens de seu parecer de 16 de outubro de 1975 sobre o caso do *Sahara Ocidental*, considerou e discutiu em detalhes algumas resoluções da Assembleia Geral da ONU, no contexto da descolonização e autodeterminação dos povos[193]. Anteriormente, a própria Assembleia Geral da ONU, em sua resolução 3232 (XXIX) de 22 de novembro de 1970, acerca da revisão da função da CIJ, também esposou a tese de que "o desenvolvimento do direito internacional pode refletir-se, *inter alia*, em declarações e resoluções da Assembleia Geral, que podem

---

190 Pareceres sobre: *Efeito das Sentenças de Compensação do Tribunal Administrativo da ONU* (1954), *Julgamentos do Tribunal Administrativo da OIT de Reclamações feitas contra a UNESCO* (1956) e *Certas Despesas das Nações Unidas* (1962), *cit. in ibid.*, p. 520 e N. 43.

191 Voto arrazoado do juiz Ammoun, caso da *Barcelona Traction* (segunda fase). *ICJ Reports*, 1970, p. 302.

192 *Ibid.*, p. 303.

193 Caso do *Sahara Ocidental*. *ICJ Reports*, 1975, p. 20, 23, 26-37, 40, 57 e 67-68.

nessa medida ser levadas em conta pela Corte Internacional de Justiça"[194]. É o que tem ocorrido na prática.

Assim, outra não poderia ser a conclusão senão a de considerarmos incompleto, nos dias de hoje, o artigo 38 do Estatuto da CIJ, por permanecer silencioso quanto às resoluções das organizações internacionais. Tem-se, no entanto, ponderado que, dados a natureza jurídica e os efeitos heterogêneos dos vários atos das instituições internacionais (recomendações, regulamentações, decisões, declarações, etc. – cf. *supra*), seria talvez de duvidosa utilidade incluir essa nova categoria nas fontes do direito internacional, a não ser para o propósito da própria classificação[195].

Entretanto, tal argumento não parece resistir a um exame cuidadoso. Ainda que certas resoluções sejam puramente recomendatórias – e, portanto, não obrigatórias – são, não obstante juridicamente relevantes, têm em muito influenciado a prática internacional, e os próprios Estados, naturalmente relutantes em infringi-las, consideram-se pelo menos no dever de considerá-las de boa-fé[196]. Ainda mais significativamente, as dúvidas e incertezas que circundaram, por exemplo, o costume, os princípios gerais do direito, a equidade, não impediram que fossem estas categorias incluídas na enumeração das "fontes" do direito internacional do artigo 38 do Estatuto da CIJ.

Tais categorias continuariam a gerar controvérsias, mesmo na atualidade. As incertezas que ainda pairam sobre as

194 *Cit. in* Ch. Schreuer. Recommendations and the Traditional Sources of International Law. *German Yearbook of International Law*, v. 20, 1977, p. 112 e N. 42.

195 Nesse sentido, Ch. Schreuer, *op. cit. supra* N. 194, p. 114; e cf. p. 103-118; H. Bokor-Szegó, *op. cit. supra* N. 186, p. 26.

196 Conforme acentuado pelo próprio Schreuer in: *op. cit. supra* N. 194, p. 103-118. Cf. também K. Skubiszewski. Recommendations of the United Nations and Municipal Courts. *British Year Book of International Law*, v. 46, 1972-1973, p. 353-364.

resoluções das organizações internacionais não nos parecem, portanto, suficientemente fortes de modo a justificar sua continuada exclusão do artigo 38 do Estatuto da CIJ. Tais resoluções não mais podem ser ignoradas ou negligenciadas. E não há aparentemente obstáculo lógico algum à inserção de uma cláusula detalhada reconhecendo-as como “fonte” distinta do direito internacional contemporâneo, ao menos limitativamente alguns tipos de resoluções sob determinadas condições e circunstâncias.

O presente exame dos atos ou resoluções das organizações internacionais, inserido no quadro geral das “fontes” do direito internacional, explica-se por constituir o estudo de tais organizações um capítulo do direito internacional contemporâneo. Contudo, a crescente complexidade e extraordinária expansão de seu campo de atuação no cenário internacional já há tempo indicavam que não se devia excluir a possibilidade de que as questões relativas às organizações internacionais viessem eventualmente se desenvolver e constituir em um sistema jurídico separado[197] ou próprio[198], sob rubrica distinta da do direito internacional público[199].

É o que tem ocorrido nas últimas décadas, em que têm se desenvolvido estudos das fontes do “direito das organizações internacionais”[200]. Já há quatro décadas se havia sugerido, *e.g.*, que

197 Ralph Zacklin. *The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies*. Leyden: Sijthoff, 1968, p. 199.

198 Cf. C. W. Jenks. *The Proper Law of International Organisations*. London: Stevens/Oceana, 1962, p. l ss.

199 Como, *e.g.*, pareciam sugerir os títulos das obras de H. G. Schermers. *International Institutional Law*, v. 1. Leyden: Sijthoff, 1972, p. 1 ss.; e de G. Biscottini. *Il Diritto delle Organizzazioni Internazionali*. 2ª ed., v. I-II. Padova: Cedam, 1981, p. 1 ss.

200 Cf., em geral, A. A. Cançado Trindade. *Direito das Organizações Internacionais*. 6ª ed. rev. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2014, p. 1-660; C. Zanghi. *Diritto delle Organizzazioni Internazionali*. Torino: Giappichelli Ed., 2001, p. 1-406; I. Seidl-Hohenveldern; G. Loibl. *Das Recht der Internationalen Organisationen*. Köln/Berlin: C. Heymanns Verlag, 2000, p. 1 ss.; N. D. White. *The Law of International Organisations*. Manchester: Manchester University Press, 1996, p. 1-278; D. Dormoy. *Droit des organisations internationales*. Paris: Dalloz, 1995, p. 3 ss.; dentre outros. Cf. também capítulo VIII, *infra*.

as "fontes" do "direito das organizações internacionais" seriam, em primeiro lugar, as decisões dos órgãos das organizações internacionais (contrastando com seu caráter mais auxiliar no direito internacional geral), seguidas do tratado e do costume (este último aqui não exercendo o mesmo papel que no direito internacional geral); já então se assinalava que a Convenção de Viena sobre Representação dos Estados em suas Relações com Organizações Internacionais de Caráter Universal (1975), *e.g.*, podia ser tida como declaratória de regras costumeiras já cristalizadas mesmo antes de sua adoção[201].

1.10. Considerações finais

A formação e evolução do direito internacional contemporâneo vão bem além da consideração das "fontes" formais do direito internacional, enumeradas no artigo 38 do Estatuto da CIJ (cf. *supra*). Tais "fontes" formais nunca pretenderam (e nem poderiam) ser exaustivas, e o recurso às mesmas tem sido, ao longo dos anos, nada mais do que um exercício de um positivismo analítico superado, que nunca encontrou nem forneceu uma explicação convincente da validade das normas legais internacionais. Tais "fontes" formais vieram a se afigurar como os meios pelos quais o direito internacional tem se formado.

A formação do direito internacional contemporâneo constitui um processo bem mais amplo do que a formulação e reconhecimento de suas "fontes" formais, estudadas no presente capítulo, na busca da legitimidade das normas internacionais através da expressão da *opinio*

201 E. Shibaeva. Law of International Organization in the System of Modern International Law. *Indian Journal of International Law*, v. 17, 1977, p. 227-233; o autor sugere a classificação como regras "primárias" do direito interno das organizações internacionais as baseadas nos instrumentos constitutivos, e "secundárias", as baseadas em decisões dos órgãos das organizações internacionais. Para estudos anteriores do tema, cf., *e.g.*, Ph. Cahier. Le droit interne des organisations internationales. *Revue générale de droit international public*, v. 67, 1963, p. 563-602; M. Merle. Le pouvoir réglementaire des institutions internationales. *Annuaire français de droit international*, v. 4, 1958, p. 341-360.

juris communis (indo bem além do elemento subjetivo do costume), assim como o atendimento do interesse público e a realização do bem comum da comunidade internacional como um todo.

Desse modo, logra-se visualizar – tal como assinalamos no Curso Geral de Direito Internacional Público que ministramos na Academia de Direito Internacional da Haia em 2005 – um direito internacional universal, o *new jus gentium*, emanado em última análise da consciência jurídica universal, que se situa bem acima da "vontade" dos sujeitos do direito (entre os quais os Estados). A consideração tão só das "fontes" formais do direito internacional deixa de tomar em conta os pontos básicos da validade do direito internacional e o *substratum* das normas jurídicas (crenças, valores, ética, ideias, aspirações humanas). Em definitivo, não é possível considerar o ordenamento jurídico fazendo abstração da ética. Daí a necessidade de examinar as "fontes" formais juntamente com a fonte material última do direito internacional, a consciência jurídica universal, também de modo a capacitar o direito internacional a enfrentar os novos desafios de nossos tempos[202].

Em nosso entendimento, a *recta ratio* encontra-se profundamente arraigada no pensamento humano[203], e invocações reiteradas da consciência jurídica universal (indo bem além do positivismo jurídico) podem ser encontradas, para a identificação de uma *opinio juris communis*, na elaboração de tratados e em seus textos então adotados, na projeção histórica da cláusula Martens, em procedimentos judiciais e na jurisprudência internacional, em resoluções das Nações Unidas, e em uma corrente duradoura da doutrina jurídica internacional.

202 A. A. Cançado Trindade. International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* – General Course on Public International Law – Part II. *RCADI*, v. 317, 2005, p. 272-274.

203 A. A. Cançado Trindade. *A Humanização do Direito Internacional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2015, p. 5-27; A. A. Cançado Trindade. La *recta ratio* dans les fondements du *jus gentium* comme droit international de l'humanité. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 58, 2011, p. 91-121.

CAPÍTULO 2
PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO REGENDO AS RELAÇÕES AMISTOSAS ENTRE OS ESTADOS E SUA SIGNIFICAÇÃO PARA UMA REAVALIAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL

Sumário: I. Introdução. II. Antecedentes históricos. III. Natureza e da Declaração de 1970. IV. Os trabalhos do Comitê Especial. 1. Os debates gerais. 2. A elaboração dos sete princípios. a) Proibição do uso ou ameaça da força. b) Solução pacífica de controvérsias. c) Não intervenção nos assuntos internos dos Estados. d) Dever de cooperação internacional. e) Igualdade de direitos e autodeterminação dos povos. f) Igualdade soberana dos Estados. g) Boa fé no cumprimento das obrigações internacionais. V. Considerações finais.

2.1. Introdução

Os trabalhos que culminaram na adoção, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, aos 24 de outubro de 1970, da Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados Conforme a Carta da

ONU, constituem exemplos dos mais pujantes da formação e consagração princípios do direito internacional contemporâneo. Uma reavaliação atual das chamadas "fontes" do direito internacional estaria incompleta se não levasse em conta os trabalhos conducentes à Declaração de 1970. Já em 1945, os participantes da Conferência de San Francisco lograram inserir no texto definitivo da Carta da ONU (art. 2) sete princípios fundamentais do direito Internacional (*infra*); quatro anos depois, a Comissão de Direito Internacional da ONU concluía e apresentava o seu projeto de Declaração dos Direitos e Deveres dos Estados[1] reconhecendo (ainda que sem o sucesso almejado) outros princípios. Obteve-se enorme progresso com o processo de redação, com êxito, da Declaração de 1970, em que se procedeu a um exame cuidadoso do desenvolvimento do direito internacional nas duas décadas e meia que se seguiram à Conferência de San Francisco.

Se traçarmos a trajetória dos esforços de codificação e sistematização do direito internacional, desde as Conferências de Paz da Haia de 1899 e 1907 e a Conferência de Codificação da Haia de 1930 (além das diversas outras iniciativas de associações científicas internacionais, universidades e acadêmicos) até a atualidade, talvez sejamos levados à conclusão de que os esforços de hoje, diferentemente dos de outrora, pretendem ir bem mais além de uma "simples expressão do direito internacional consuetudinário", caracterizando-se sobretudo pelo chamado "desenvolvimento progressivo" do direito internacional[2]. As modernas técnicas de comunicação utilizadas pela Organização

1 Cf., a respeito, *e.g.*, Ricardo J. Alfaro. The Rights and Duties of States. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye [RCADI]*, v. 97, 1959, p. 171-176; e cf. p. 177-180 para o texto do projeto de declaração. Cf. anteriormente, no mesmo *Recueil des Cours*, Lord Phillimore. Droits et devoirs fondamentaux des États. *R.C.A.D.I.*, 1923, p. 29-71; Gilbert Gidel. Droits et devoirs des nations. La théorie classique des droits fondamentaux des États. *RCADI*, v. 10, 1925, p. 541-599.

2 C.Th. Eustathiades. *Unratified Codification Conventions* (Gilberto Amado Memorial Lecture 1973). Genève: U.N. Publ., 1973, p. 2; e cf. p. 10 e 13.

das Nações Unidas – *e.g.*, o sistema de consultas a governos, a obtenção de dados através de questionários, relatórios, convocação de conferências internacionais – têm até certo ponto facilitado e acelerado o processo de criação do novo direito internacional costumeiro, e contribuído para a eficaz adaptação dos princípios de sua Carta aos novos tempos[3].

Um exame da Declaração de 1970 torna-se ainda mais premente, pela participação direta, no preparo daquele instrumento, de representantes de inúmeros Estados. No relato do consultor jurídico da época da missão norte-americana junto à ONU, participaram diretamente das negociações que precederam a adoção da Declaração os consultores jurídicos de Ministérios das Relações Exteriores de inúmeros países de todos os continentes, além de pelo menos três Ministros das Relações Exteriores (um da América do Norte, um da América Latina e um da Europa)[4]. É, pois, natural que a Declaração reflita a percepção e a prática dos Estados sobre os princípios do direito internacional contemporâneo. É sobretudo pelo conteúdo e alcance da Declaração que procederemos a um estudo de sua elaboração, a partir das atas (documentos classificados) do Comitê Especial sobre os Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados (*cf. infra*), dos relatórios da Sexta Comissão (Jurídica) da Assembleia Geral da ONU, e dos testemunhos de alguns destacados internacionalistas que participaram diretamente dos *travaux préparatoires* da Declaração ou a estes tiveram acesso.

3 L. B. Sohn. The Development of the Charter of the United Nations: the Present State. In: *The Present State of International Law and Other Essays* (International Law Association Centenary 1873-1973). Deventer: Kluwer, 1973, p. 53.

4 Robert Rosenstock. The Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations: A Survey. *American Journal of International Law*, v. 65, 1971, p. 735.

2.2. Antecedentes históricos

Os antecedentes históricos da Declaração de 1970 encontram-se particularmente na evolução da concepção de *coexistência pacífica* de todos os Estados. Para tal evolução contribuíram, em meados da década de cinquenta e início da década de sessenta, os primeiros novos Estados independentes prenunciando a era da descolonização, o impasse nuclear, o movimento do não alinhamento, as várias proclamações de princípios em prol da coexistência pacífica[5], e mesmo resoluções da Assembleia Geral da ONU sobre a matéria que precederam a Declaração de 1970[6]. Subjacente aos antecedentes da Declaração de 1970 estava, invariavelmente, no dizer de um competente participante iugoslavo dos trabalhos preparatórios da Declaração, a necessidade de um reconhecimento da "existência e igualdade dos diferentes sistemas políticos, econômicos e sociais" dos Estados[7].

Já em 1960 a Assembleia Geral consultava os Estados-membros sobre a elaboração de uma nova lista de tópicos para codificação e desenvolvimento progressivo do direito internacional[8]; no ano seguinte estava inscrito na agenda da Assembleia o tema das relações amistosas e cooperação entre os Estados conforme a Carta da ONU[9]. E em 1962, configurado um consenso geral entre

5 *E.g.*, a declaração da Conferência de Bandung de 1955, a declaração da 1ª Conferência dos Países Não Alinhados (Belgrado) de 1961, os princípios de coexistência pacífica elaborados pela *International Law Association* (sessões de Dubrovnik, 1956 e Tóquio, 1964).

6 *E.g.*, A.G. res. 1236 (XII) sobre as relações amistosas e de boa vizinhança entre os Estados, AG. res. 1301 (XIII) sobre as medidas relativas ao desenvolvimento de relações amistosas e de boa vizinhança entre os Estados.

7 Milan Sahovic. Codification des principes du droit international des relations amicales et de la coopération entre les États. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 137, 1972, p. 255 e cf. p. 256-261.

8 A.G. res. 1505 (XV) de 1960.

9 A.G. res. 1896 (XVI) de 1961; a terminologia adotada resultou de emenda dos países ocidentais propondo-a em lugar da expressão "coexistência pacífica", advogada pelos países não alinhados e socialistas; cf. M. Sahovic, *op. cit. supra* N. 7, p. 262.

os Estados de que a questão deveria ser estudada à luz da "função que a Carta da ONU deveria exercer na prática do direito internacional e das relações internacionais em geral"[10], propôs a Assembleia Geral uma lista de princípios a serem examinados[11]. Quanto ao órgão encarregado da tarefa, houveram por bem os membros da Sexta Comissão (Jurídica) da Assembleia Geral evitar que o estudo fosse confiado à Comissão de Direito Internacional da ONU: argumentou-se nesse sentido que a Comissão de Direito Internacional não deveria ocupar-se de "problemas tão controvertidos do ponto de vista político" quanto os aspectos políticos e jurídicos dos princípios em pauta[12]; seria, assim, mais conveniente, que a própria Sexta Comissão da Assembleia Geral assumisse a responsabilidade, para isto criando em 1963 um órgão subsidiário (composto de representantes dos Estados-membros), o Comitê Especial sobre os Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados[13].

Estava assim aberto o caminho para os trabalhos que levariam à primeira interpretação detalhada dos princípios da Carta da ONU, desde a Conferência de San Francisco de 1945, com vistas à sua "implementação mais eficaz" na prática contemporânea dos Estados[14]. É importante observar que alguns dos novos Estados se prontificaram a trazer sua contribuição aos trabalhos do Comitê Especial; dessa forma, as Nações Unidas contribuíam para maior e mais ativa participação dos novos Estados no processo de criação do direito internacional. Dois anos antes, em 1961, o

10 M. Sahovic, *op. cit. supra* N. 7, p. 263.

11 A.G. res. 1815 (XVII) de 1962; referência foi feita ao artigo 13 da Carta da ONU para a realização desse estudo.

12 M. Sahovic, *op. cit. supra* N. 7, p. 272; invocou-se também o desenvolvimento "muito lento" dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional.

13 A.G. res. 1966 (XVIII) de 1963.

14 M. Sahovic, *op. cit. supra* N. 7, p. 252 e 269.

então consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores do México, Jorge Castañeda, lamentava justamente o fato de não ter ainda a Assembleia Geral utilizado os meios ao seu alcance que "talvez permitissem uma *liberalização* do processo criativo do desenvolvimento e codificação do direito internacional"[15]. Chegava, enfim, em 1964, uma grande oportunidade para isso, com o início dos trabalhos do Comitê Especial na cidade do México.

Ao vincularmos o presente estudo da Declaração de 1970 ao capítulo das "fontes" do direito internacional, cabe-nos ressaltar que já quando de sua adoção a Declaração não era o único instrumento do gênero. Em estudo publicado em 1966, Asamoah examina outras declarações da Assembleia Geral, que a precederam, de inegável valor jurídico[16]. Arangio Ruiz, um dos representantes da Itália nos trabalhos do Comitê Especial, coloca a Declaração de 1970, do ponto de vista de sua importância política, no mesmo plano que o projeto de Declaração dos Direitos e Deveres dos Estados (*supra*), a Declaração sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Coloniais (A.G. resolução 1514 (XV) de 1960), a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (A.G. resolução 1904 (XVIII) de 1963), a Declaração sobre a Inadmissibilidade de Intervenção nos Assuntos Internos dos Estados e a Proteção de sua Independência e Soberania (A.G. resolução 2131 (XX) de 1965)[17].

15 J. Castañeda. The Underdeveloped Nations and the Development of International Law. *International Organization*, v. 15, 1961, p. 38 (grifo nosso); e cf. p. 44 e 46-48, para isso, o autor sugeria, *e.g.*, além da intensificação da atividade "quase legislativa" da Assembleia Geral, uma ampliação da futura composição da Comissão de Direito Internacional da ONU e a seleção de novos tópicos para codificação "mais conducente ao desenvolvimento progressivo do direito internacional" e refletindo novas tendências e fenômenos dos anos recentes.

16 O. Y. Asamoah. *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*. The Hague: M. Nijhoff, 1966, p. 1-245. Cf. também nota N. 19, *infra.*

17 Gaetano Arangio-Ruiz. The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 137, 1972, p. 432; e cf. também p. 431 e N. 2. Cf. ademais as resoluções da A. G. 1802 (XVII) e 1963 (XIX), sobre o mesmo tema.

L. Sohn relembra, como outros exemplos de resoluções "conducentes à criação de um novo direito internacional aplicável a todos os Estados" através de declarações unanimemente aprovadas, a Declaração dos Princípios Jurídicos Regendo as Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço (A.G. resolução 1721 (XVI) de 1961, e A.G. resolução 1962 (XVIII) de 1963)[18] e a Declaração de Princípios Regendo o Leito do Mar e seu Subsolo além dos Limites da Jurisdição Nacional (A.G. resolução 2749 (XXV) de 1970)[19]. Outras resoluções do gênero, destacadas por Edvard Hambro, que poderiam ser tidas como instrumentos para o desenvolvimento ou transformação do direito internacional – exemplos de uma nova modalidade de "fonte" do direito internacional – são a Declaração sobre a Soberania Permanente (dos Estados) sobre sua Riqueza e seus Recursos Naturais (A.G. resolução 1803 (XVII) de 1962), a Declaração sobre a Proibição do Uso de Armas Nucleares e Termonucleares (A.G. resolução 1653 (XVI) de 1961), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (A.G. resolução 217A (III) de 1948), a Declaração dos Direitos da Criança (A.G. resolução 1386 (XIV) de 1959) e a resolução 95 (I) da A.G. aprovando os Princípios de Direito Internacional Incorporados na Carta do Tribunal de Nuremberg[20].

---

18 Cf. ademais as resoluções da A.G. 1802 (XVII) e 1963 (XIX), sobre o mesmo tema.

19 L. B. Sohn, *op. cit. supra* N. 3, p. 52; e cf. também G. Arangio-Ruiz. *op. cit. supra* N. 17, p. 493.

20 Edvard Hambro. Some Notes on the Development of the Sources of International Law. *Scandinavian Studies in Law*, v. 17, 1973, p. 93 e N. 4. Caberia aqui indicar a classificação, proposta por Asamoah, das declarações da Assembleia Geral da ONU, a saber: 1) declarações que pretendem afirmar princípios existentes do direito internacional (*e.g.*, as resoluções 1803 e 1653, *cit. supra*); 2) Declarações que pretendem criar novos princípios de direito internacional (*e.g.*, as resoluções 1721 e 1962, *cit. supra*, tidas como "quase-legislativas"); 3) as declarações que pretendem promover programas específicos da ONU (*e.g.*, as resoluções 1514, 217A, 1386 e 1904, *cit. supra*). Cf. O. Y. Asamoah, *op. cit. supra* N. 16, p. 1-75 e 227-245. Já Castañeda propõe seis categorias de resoluções da Assembleia Geral da ONU, quais sejam: 1) as relativas à estrutura e operação das Nações Unidas; 2) as relativas à paz e segurança internacionais; 3) as que determinam a existência de fatos ou situações legais concretas; 4) as cuja força obrigatória reside em instrumentos outros que a Carta da ONU; 5) as que expressam e registram acordo entre os membros de um órgão ou organização internacional; 6) as que contêm declarações ou outros pronunciamentos de natureza geral. Cf. J. Castañeda. *Legal Effects of United Nations Resolutions*. N.Y.: Columbia University Press, 1969, p. 1-196.

2.3. Natureza e conteúdo da declaração de 1970

A Declaração de 1970, assim como os demais instrumentos anteriormente citados, não são tecnicamente obrigatórios em sua condição de resoluções declaratórias da Assembleia Geral; não são, evidentemente, convenções ordinárias sujeitas a ratificação. Por outro lado, exercem uma função jurídica importante, particularmente as adotadas por unanimidade ou ampla maioria, na formação ou reconhecimento de novas regras do direito internacional costumeiro e na interpretação dos princípios consagrados na Carta da ONU[21]. Enfim, tais declarações podem levar ao estabelecimento de mecanismos internacionais de implementação de seus princípios e "assim acelerar ainda mais a criação de regras costumeiras"[22]; cabe lembrar a esse respeito, por exemplo, que à Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1963 seguiu-se em 1965-1966 de uma Convenção sobre o tema, da maior importância, e que logo entraria em vigor; à Declaração sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Coloniais de 1960 seguiu-se o estabelecimento pela resolução 1654 (XVI) da Assembleia Geral no ano seguinte de um Comitê para implementar a Declaração, que se tornou extremamente atuante na área; à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 seguiram-se em 1966 o Pacto dos Direitos Civis e Políticos (e Protocolo Facultativo) e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que entraram em vigor em 1976.

No que tange diretamente à Declaração sobre os Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados Conforme a Carta da ONU, incorporada na

21 Michel Virally. The Sources of International Law. In: Max Sorensen (ed.). *Manual of Public International Law*. London: Macmillan, 1968, p. 162; L. B. Sohn, *op. cit. supra* N. 3, p. 52.

22 M. Virally, *op. cit. supra* N. 21, p. 162.

resolução 2625 (XXV) de 1970 da Assembleia Geral, a determinação de seu *status* tornou-se alvo de debates no decorrer de seus *travaux préparatoires*. Em sua segunda sessão (Nova York, 1966 – *infra*), o Comitê Especial sobre os Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados mostrou-se de acordo quanto ao objetivo dos trabalhos: tratava-se não de um processo de emenda informal da Carta da ONU, mas sim de *uma interpretação* de seus princípios, à luz de seus objetivos e propósitos, levando em conta os desenvolvimentos do direito internacional nos últimos anos, devidos em grande parte à independência de um grande número de novos Estados; procedia-se, pois, ao trabalho de exame do "desenvolvimento progressivo" do direito internacional "a fim de reduzir a distância entre a realidade social e o ordenamento jurídico internacional"[23]. Em sua terceira sessão (Genebra, 1967 – *infra*), o Comitê Especial voltou a considerar a questão: um dos representantes ressaltou que os esforços do Comitê não deveriam ser tidos como conducentes a qualquer emenda da Carta da ONU[24]; reconhecia-se esta última como "uma das principais fontes do direito internacional universal"[25]. Alguns representantes, enfatizando a importância dos sete princípios sob exame (cf. *infra*), consideraram a possibilidade que sua formulação levasse no futuro à conclusão de convenções sobre a matéria[26]; um dos participantes observou que a presente formulação teria certamente "um caráter jurídico, o que encorajaria a generalização de uma prática que poderia estabelecer-se como

23 ONU, documento A/6547, §§ 24-25.

24 ONU, documento A/6955, par. 31.

25 *Ibid.*, par. 32.

26 *Ibid.*, § 122.

costume no sentido do artigo 38 (1) (b) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça”[27].

Quanto ao testemunho dos especialistas no tema, há uma grande margem de acordo quanto à natureza jurídica da Declaração de 1970. O representante da Suécia no Comitê Especial, Hans Blix, caracterizou a Declaração como “uma interpretação autêntica e reasserção dos princípios jurídicos básicos” da Carta, assim como “uma formulação autêntica dos princípios jurídicos da coexistência pacífica”[28]. Um dos representantes da Iugoslávia, Milan Sahovic, foi mais além, ao afirmar enfaticamente que “a Declaração é, do ponto de vista formal, um ato de interpretação autêntica e obrigatória da Carta, conforme as decisões da Conferência de San Francisco” (cf. *U.N.C.I.O.*, v. XIII, p. 720), e ao sugerir mesmo uma aproximação dos princípios enunciados com as “regras imperativas (*jus cogens*) do direito internacional contemporâneo”[29]. A propósito da Declaração de 1970, observa Sahovic que “é bem difícil encontrar nos arquivos das Nações Unidas, e mesmo, mais amplamente, dentre os atos jurídicos que marcaram a evolução do direito internacional após a II Guerra Mundial, independentemente de sua forma e de sua força jurídica obrigatória, um texto que tenha sido redigido e adotado depois de esforços tão prolongados e tão intensos dos órgãos jurídicos das Nações Unidas e de seus Estados-membros”[30].

---

27 *Ibid.*, § 123.

28 H. Blix. The Helsinki Declaration on Principles Guiding Relations between States in Europe. *Revue egyptienne de droit international*, v. 31, 1975, p. 4; o autor procede a um útil estudo comparativo entre a Declaração de 1970 e o Ato Final ou Declaração de Helsinque (ao final da Conferência Europeia de Segurança e Cooperação) de 1975; cf. *ibid.*, p. 1-15.

29 M. Sahovic, *op. cit. supra* N. 7, p. 307 e N. 2.

30 *Ibid.*, p. 270. Também Sohn mostrou-se de acordo em que a Declaração de 1970 constitui “uma ampla interpretação” dos princípios da Carta (incorporados em seu artigo 2º), que representam princípios básicos do direito internacional; ainda maior é o valor da Declaração pela participação em sua elaboração também dos novos Estados afro-asiáticos (*e.g.*, na formulação do princípio da autodeterminação – cf. *infra*); L. B. Sohn, *op. cit. supra* N. 3, p. 50-52. Rosenstock igualmente considerou a Declaração de Princípios uma interpretação pelos Estados das obrigações da Carta; cf. R. Rosenstock, *op. cit. supra* N. 4, p. 715.

Posição um pouco mais cautelosa é adotada por Arangio-Ruiz, um dos representantes da Itália nos trabalhos preparatórios da Declaração: para ele, a Declaração, ainda que causando "um *impacto* na formação, desenvolvimento e aplicação de regras do direito internacional, costumeiras ou convencionais", está tecnicamente *abaixo* do direito internacional geral, *abaixo* de tratados existentes, e *abaixo* da própria Carta da ONU; assim, os princípios da Carta incorporados na Declaração permanecem válidos em virtude tão somente da *Carta*[31]. No entanto, é pertinente observar que os princípios consagrados no artigo 2º da Carta não *são exatamente* os mesmos que os da Declaração de 1970, como veremos a seguir.

As ressalvas de Arangio-Ruiz talvez tenham influenciado a posição um tanto cética adotada pela delegação italiana quanto ao *status* da Declaração, posição esta compartilhada pelas delegações da Holanda e dos Estados Unidos; por outro lado, as delegações do Chile e da Romênia identificaram na Declaração uma formulação de "princípios autênticos do direito internacional", as delegações da Venezuela e da Iugoslávia consideraram-na uma "interpretação e elaboração da Carta", e as delegações da Austrália e do Japão estimaram-na uma "elaboração da Carta"[32].

Os princípios consagrados na Declaração não são idênticos aos do artigo 2º da Carta da ONU, como já indicado. Os sete parágrafos do artigo 2º enumeram respectivamente sete princípios básicos, a saber: a igualdade de todos os membros da ONU; o cumprimento de boa-fé das obrigações assumidas de acordo com a Carta; a solução pacífica de controvérsias internacionais; a não utilização ou ameaça da força contra a integridade territorial ou independência política de qualquer Estado; a assistência à ONU em ação a que recorrer à Organização; a garantia de que os Estados não

31 Gaetano Arangio-Ruiz, *op. cit. supra* N. 17, p. 523-526.

32 *Cit. in ibid.*, p. 527 e N. 13, também para os interesses e motivações políticas subjacentes.

membros ajam de acordo com tais princípios; e a não intervenção pela ONU em assuntos do domínio reservado de qualquer Estado (excetuadas as medidas coercitivas do capítulo VII da Carta).

A seu turno, a Declaração de 1970 consagra os sete seguintes princípios fundamentais: a proibição ou renúncia do uso ou ameaça da força nas relações internacionais; a solução pacífica de disputas internacionais; a não intervenção; a cooperação internacional; a igualdade de direitos e a autodeterminação dos povos; a igualdade soberana dos Estados; a boa fé no cumprimento das obrigações internacionais.

Do paralelo entre os dois instrumentos, vê-se que, se, por um lado, a Declaração de 1970 deixou de reproduzir ou reiterar o princípio da assistência à ONU em ação a que recorrer à Organização, e a garantia de que os Estados não membros ajam de acordo com os princípios da Carta no que for necessário à manutenção da paz e segurança internacionais, constantes do artigo 2º da Carta da ONU, por outro lado a Declaração de 1970 cobre o dever dos Estados de cooperação internacional e o princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação[33]. Não surpreendentemente, para a elaboração deste último contribuíram decisivamente os participantes porta--vozes dos novos Estados, recém-emancipados politicamente (cf. *infra*). Para uma melhor apreciação dos princípios englobados na Declaração de 1970, é necessário percorrermos, ainda que sumariamente, os longos trabalhos do Comitê Especial sobre os Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados.

2.4. Os trabalhos do Comitê Especial

O levantamento que se segue, dos *travaux préparatoires* do Comitê Especial, não pretende ser exaustivo; para os propósitos do

33 Cf. comentários a respeito de Hans Blix, *op. cit. supra* N. 27, p. 4-5.

presente estudo, ater-nos-emos seletivamente a alguns dos pontos mais significativos, extraídos dos documentos da VI Comissão da Assembleia Geral e do Comitê Especial, relativos aos princípios eventualmente consagrados na Declaração de 1970. Mais do que uma análise detalhada desta última, o que vem de encontro aos objetivos do presente exame é a significação que possa ter a elaboração de um instrumento como a Declaração de 1970 para uma reavaliação moderna das "fontes" do direito internacional, ou, em outras palavras, para o processo de formação e reconhecimento dos princípios do direito internacional geral contemporâneo.

O Comitê Especial, órgão subsidiário da VI Comissão (Jurídica) da Assembleia Geral da ONU, encarregado de auxiliá-la no preparo da Declaração, foi formalmente constituído através da resolução 1966 (XVIII) da Assembleia Geral, de 16 de dezembro de 1963. O Comitê Especial realizou seis sessões, no período de seu funcionamento, de 1964 a 1970. Ao início de seus trabalhos, na cidade do México (1ª sessão), em 1964 (27 de agosto a 1º de outubro), era o Comitê Especial composto de 27 delegações, mas já no ano seguinte teve o número de seus membros ampliado para 31 para melhor equilibrar a repartição geográfica de seus membros[34]. A distribuição geográfica definitiva dos membros do Comitê Especial passou a ser a seguinte: oito da Europa Ocidental e América do Norte; sete da África; seis da Ásia; cinco da América Latina e cinco do Leste Europeu[35].

Frisou-se bem, em sua sessão de Genebra de 1967, que "o Comitê Especial compunha-se de juristas representando Estados e não de especialistas agindo em sua capacidade individual como os

34 Dos quatro novos membros, dois provinham da África, um da América Latina e um da Ásia; ONU, documento A/6165, par. 72. O Comitê Especial foi reconstituído, com 31 membros, pela resolução 2103 (XX) da Assembleia Geral, de 20 de dezembro de 1965.

35 Cf. M. Sahovic, *op. cit. supra* N. 7, p. 274; tal composição manteve-se inalterada até o fim do mandato do Comitê Especial, em 1970.

da Comissão de Direito Internacional"[36]. Feitas estas observações preliminares, podemos passar a um resumo dos debates gerais do Comitê, para a seguir procedermos a uma revisão dos principais debates relativos em particular aos sete princípios fundamentais da Declaração de 1970.

2.4.1. Os debates gerais

Pode-se sem dúvida considerar a sessão inaugural do Comitê Especial (Cidade do México, 1964), em que pela primeira vez as delegações anunciaram suas teses não raro conflitantes sobre os temas em pauta, como uma das mais cruciais de todos os trabalhos preparatórios da Declaração de 1970[37]. De início observou-se que "o progresso técnico, particularmente nas armas nucleares, atingira um ponto tal de modo a oferecer uma opção entre as relações amistosas e a cooperação entre os Estados, ou a destruição da humanidade"; o urgente fortalecimento do direito internacional tornava-se assim "essencial para a coexistência pacífica de diferentes sistemas econômico-sociais e para o desenvolvimento econômico, social e cultural de toda a humanidade"[38].

Observou-se a seguir que nos últimos anos "a natureza das relações internacionais havia sido alterada pela conquista da independência de muitos novos Estados"[39]. Ficou acertado que a Carta da ONU deveria servir de *base* para os trabalhos do Comitê Especial; alguns representantes argumentaram que "a

36 ONU, doc. A/6955, par. 22.

37 Entrevista com o representante da Polônia (na sessão da cidade do México do Comitê Especial, em 1964), professor Remigiusz Bierzanek, realizada pelo autor na Academia de Direito Internacional da Haia, aos 14 de agosto de 1974. Para um relato da sessão inaugural do Comitê Especial, cf. L. T. Lée. The Mexico City Conference of the U.N. Special Committee on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 14, 1965, p. 1.296 ss.

38 ONU, doc. A/6165, par. 18.

39 *Ibid.*, par. 18.

Carta era uma constituição viva que ganhara sentido através da interpretação de seus dispositivos nos últimos vinte anos"[40]. Decidiram as delegações que o método normal de trabalho e de tomada de decisão do Comitê Especial seria o *consenso* – ponto dos mais significativos que examinaremos *infra*.

Advertiu-se, no entanto (sessão de Nova York, 1966), que o valor da Declaração que se pretendia elaborar "dependeria não do método de sua adoção, mas de seu conteúdo, sua formulação lúcida e sua aplicação pelos Estados"[41]. Além disso, dever-se-ia sempre ter em mente o inter-relacionamento dos princípios a serem formulados, razão pela qual os grupos de trabalho deveriam manter uma ligação constante e estreita entre si[42].

O fenômeno histórico da descolonização fez-se sentir nos trabalhos do Comitê Especial, no decorrer dos quais se enfatizou "o papel exercido pelos pequenos países no progresso do direito e das instituições jurídicas internacionais", lembrando-se que "o número de membros das Nações Unidas havia mais do que duplicado desde a adoção da Carta"[43]. Na sessão de Genebra de 1967, alguns membros do Comitê Especial admitiam expressamente que os trabalhos do Comitê estavam sendo afetados não apenas por questões jurídicas ou por métodos e técnicas de codificação, mas também pela "política de poder" prevalecente na "situação internacional" da época[44]. De fato, a década foi das mais conturbadas, bastando lembrar

40 *Ibid.*, par. 19.

41 Assim, "se se excluíssem questões da maior importância devido à impossibilidade de consenso: a codificação seria de qualquer modo um fracasso"; ONU, doc. A/6547, par. 32.

42 *Ibid.*, par. 34, e cf. também ONU, doc. A/6955, par. 32.

43 ONU, doc. A/6955, par. 28. Ressaltou-se que a missão do Comitê Especial situava-se dentre as mais importantes com que se defrontava a Organização; "o fortalecimento, nas relações internacionais, da função do direito internacional, e (...) dos princípios da Carta", deveria ser apreciado no contexto "da luta pelos direitos humanos, pelo controle da corrida armamentista, e pelo desenvolvimento", tendo sempre a Carta da ONU como "base essencial" desse trabalho; ONU, doc. A/7809, pars. 10-11.

44 ONU, doc. A/6955, par. 23. (Texto igual ao item 45).

episódios como a guerra do Vietnã, o conflito árabe-israelense, as crises da República Dominicana e da Tchecoslováquia, o problema cubano, dentre outros. O fato de terem o Comitê Especial e a Sexta Comissão da Assembleia Geral logrado levar com êxito seus trabalhos até o fim, talvez pressionados pelos próprios eventos de política de poder e consequente necessidade de reasserção dos princípios regendo as relações amistosas e cooperação entre os Estados, não deve passar despercebido, e realça os créditos que hoje se devem àqueles órgãos da ONU pela elaboração da Declaração de 1970.

2.4.2. A elaboração dos sete princípios

2.4.2.1. Proibição do uso ou ameaça da força

No decorrer de todos os trabalhos do Comitê Especial, um dos princípios mais amplamente debatidos foi o da renúncia ao uso ou ameaça da força nas relações internacionais. No seio do Comitê, houve mesmo os que considerassem tal princípio, juntamente com o da igualdade de direitos e autodeterminação dos povos, e o da não intervenção em assuntos internos dos Estados, como "os três princípios mais importantes para a manutenção da paz e segurança internacionais"[45].

Na consideração desse primeiro princípio[46], os membros do Comitê Especial houveram por bem tomar como ponto de partida os desenvolvimentos a respeito no direito internacional e na prática dos Estados[47], o que pode ter facilitado pelo menos o impulso inicial dos trabalhos sobre o princípio em questão. Com efeito, a

---

45 ONU, doc. A/6955, par. 23.

46 Para os amplos debates sobre o princípio da não utilização ou ameaça da força no plano internacional, cf., *e.g.*, ONU, docs. A/5746, pars. 26-127; A/6230, pars. 24-156; A/ 6799, pars. 21-113.

47 ONU, docs. A/6547, par. 36; e A/6955, par. 37.

despeito dos frequentes recursos à força por certos Estados, subsistia o princípio geral da não utilização ou ameaça da força contra a integridade territorial ou independência política de qualquer Estado, consagrado no artigo 2º(4) da Carta da ONU. Tal princípio, em reconsideração pelo Comitê, foi considerado como "o fundamento da ordem jurídica internacional"[48], "a própria essência do direito internacional, em um mundo de Estados interdependentes [...] em que continuava a corrida armamentista"[49].

Além do artigo 2º(4) da Carta, havia outros instrumentos pertinentes a serem levados em conta pelo Comitê Especial. Um dos representantes relembrou, a respeito, que "a regra relativa ao não reconhecimento de situações geradas pela ameaça ou uso da força, conhecidas como a "doutrina Stimson" estava implícita no Pacto Briand-Kellogg (de 1928), no Pacto da Liga das Nações e na Carta da ONU, e se tornara explícita em muitos instrumentos dos Estados americanos, na Declaração do Cairo de 1964 dos Países Não Alinhados, e no projeto de Declaração dos Direitos e Deveres dos Estados preparada pela Comissão de Direito Internacional em 1949"[50].

Pode-se ainda acrescentar, *e.g.*, o endosso pela Assembleia Geral das regras estabelecidas pelo Tribunal de Nuremberg, além da condenação tanto pela Assembleia Geral quanto pelo Conselho de Segurança de alguns eventos em que se configurou a utilização ou ameaça de força por certos Estados. Assim, foram citadas, por exemplo, as resoluções 110 (II) de 1947 e 381 (V) de 1950 da Assembleia, condenando toda guerra de propaganda[51]. A resolução 2160 (XXI) de 1966 da Assembleia foi igualmente citada, era mais

48 ONU, doc. A/6955, par. 37.

49 ONU, doc. A/7809, par. 14.

50 ONU, doc. A/6955, par. 44.

51 *Ibid.*, par. 42.

de uma ocasião[52]. Também se fez referência ao disposto na Carta da OEA[53], cujo artigo 17, por exemplo, é peremptório ao afirmar o princípio da inviolabilidade territorial do Estado e condenar medidas de força.

Apesar de já disporem desses elementos de base (e de diversas outras resoluções pertinentes da ONU e mesmo tratados internacionais, como, *inter alia*, o de 1963 proscrevendo testes nucleares) os trabalhos do Comitê Especial acerca do princípio em questão não passaram sem dificuldades, especialmente quando pressionado o Comitê a pronunciar-se sobre questões particularmente controvertidas ou simplesmente situações novas levantadas principalmente pelos Estados recém-emancipados politicamente (*e.g.*, a questão colonial, *infra*).

Assim, por exemplo, tentou-se relacionar estreitamente o "uso da força em situações coloniais" com o princípio da igualdade de direitos e autodeterminação dos povos[54], no sentido de estender o direito de legítima defesa – reconhecido no artigo 51 da Carta da ONU – não apenas aos Estados, mas também aos "povos defendendo-se contra a dominação colonial e lutando pela liberdade e autodeterminação"[55]. Alguns representantes, particularmente de Estados afro-asiáticos, argumentaram que "a proibição da ameaça ou uso da força não poderia ser interpretada como afetando o direito dos povos de se defenderem contra a dominação colonial no exercício de seu direito de autodeterminação. [...] A legítima

52 *Ibid.*, pars. 37 e 41.

53 *Ibid.*, pars. 41, 44 e 48.

54 ONU, doc. A/7809, par. 15.

55 ONU, doc. A/6547, par. 43; e, no mesmo sentido, ONU, doc. A/6165, par. 31. Alguns representantes foram mais além, expressando o desejo de que a formulação do princípio "deveria incluir uma proibição do uso da força para repressão de movimentos de libertação (nacional) ou para denegação do direito de autodeterminação"; ONU, doc. A/6547, par. 41. Por outro lado, também houve os que consideravam "inaceitável estender a doutrina da legítima defesa ao campo colonial"; cf. ONU, doc. A/6955, par. 49.

defesa contra a dominação colonial deveria ser encarada como uma exceção à regra geral, uma vez que [...] o colonialismo era um ato de força e constituía na verdade uma agressão"[56].

Ao final de quatro anos de debates sobre este ponto específico, configurou-se o parecer da maioria das delegações de que, no mundo de hoje, a expressão "relações internacionais" não mais pode limitar-se às relações puramente interestatais, uma vez que, *e.g.*, as relações entre um território sem governo próprio e uma autoridade encarregada de sua administração "são de caráter internacional, à luz das responsabilidades internacionais impostas pelo capítulo XI da Carta" da ONU[57].

A condenação da "guerra de agressão" foi peremptória, e uma proposta nesse sentido da Tchecoslováquia[58] não encontrou dificuldades em ser aprovada. Isto já era de se esperar, dados os instrumentos internacionais precedentes remontando ao Pacto Briand-Kellogg de 1928 (cf. *supra*). Diversos representantes enfatizaram a necessidade de se invocar, na formulação do princípio, "a responsabilidade de Estados que deflagrassem guerras de agressão ou cometessem outros crimes contra a paz[59]. Um participante, ao traçar a evolução histórica do princípio proclamado no artigo 2º(4) da Carta da ONU, chegou a afirmar que "no direito

56 ONU, doc. A/6955, par. 49. A respeito, cf. comentários sobre as resoluções 1514 (XV) e 2621 (XXV) da Assembleia Geral da ONU, de A. Rigo Sureda. *The Evolution of the Right of Self-Determination*. Leiden: Sijthoff, 1973, p. 261-264; e cf. também S. Calogeropoulos-Stratis. *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*. Bruxelles: Bruylant, 1973, p. 120-133; Umozurike Oji Umozurike. *Self-Determination in International Law*. Hamden/Conn: Archon Books, 1972, p. 3-299.

57 R. Rosenstock, *op. cit. supra* N. 4, p. 720.

58 Cf. ONU, doc. A/AC. 125/L.16, par. 2. Sobre a iniciativa theca, cf. também P. H. Houben. Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States. *American Journal of International Law*, v. 61, 1967, p. 705-706.

59 ONU, doc. A/6955, par. 42.

internacional contemporâneo a proibição do uso da força tornara--se uma norma de *jus cogens*"[60].

Outros pontos debatidos são dignos de menção. Ressaltou--se, por exemplo, a relação entre o princípio da proibição do uso da força e os demais princípios em estudo, especialmente o da não intervenção em assuntos internos do Estado[61]. Acentuou-se, ademais, que a proibição da ameaça ou uso da força deveria referir--se "não apenas a fronteiras (nacionais), mas também a outras linhas internacionais de demarcação"[62], a exemplo do que ocorria, *e.g.*, no Vietnã (na época), na Coreia, na Alemanha, no Oriente Médio. Também se enfocou a questão do uso da força pela própria ONU, observando-se a esse propósito que "a Carta centralizara o uso da força nas Nações Unidas em virtude dos poderes e autoridade atribuídos a seus órgãos para a manutenção da paz e segurança internacionais"[63]; mas enquanto alguns representantes consideravam legal o uso da força quando baseado em "uma decisão de um órgão competente das Nações Unidas", outros mantinham que "somente o Conselho de Segurança era competente a esse respeito"[64]. Também se ventilou a proibição do uso da força em represálias (distintas da ação em legítima defesa)[65], lembrando um analista que já a resolução 188 do Conselho de Segurança, de 9 de abril de 1964, condenava represálias como "incompatíveis com os propósitos e princípios das Nações Unidas", em um "exemplo

60 *Ibid.*, par. 38. – cf. observações in: nota N. 148, *infra*.

61 ONU, doc. A/6955, par. 39.

62 ONU, doc. A/6547, par. 41; e, no mesmo sentido, ONU, doc. A/6165, par. 22.

63 ONU, doc. A/6955, par. 38.

64 ONU, doc. A/6547, par. 44.

65 ONU, doc. A/6165, par. 26.

interessante do desenvolvimento, ou pelo menos codificação, do direito internacional das Nações Unidas"[66].

Mas em relação à proibição do uso ou ameaça da força nas relações internacionais, poucos problemas foram tão amplamente debatidos quanto o do próprio sentido a ser atribuído ao termo "força". Houve de início consenso geral que o termo cobria propriamente a "força armada"[67]. Alguns representantes argumentaram que se se atribuísse ao termo acepção mais ampla do que esta (*e.g.*, cobrindo igualmente, a coerção político-econômica), haveria um risco de ampliar indevidamente o direito de legítima defesa (contra tipos distintos de coerção) além de gerar dificuldades de definição e outras controvérsias[68].

Por outro lado, numerosas delegações argumentaram que, na atualidade, qualquer definição de "força" deveria incluir a pressão política e econômica dirigida contra a integridade territorial e a independência política de outro Estado[69], caso contrário estaria anulado o termo "força" constante do artigo 2º(4) da Carta da ONU, uma vez que "aquelas formas de pressão poderiam ser tão eficazes quanto a força militar"[70], Para esta corrente de opinião, "a pressão política ou econômica era por vezes tão perigosa quanto o uso da força armada, especialmente quando tal ação coercitiva fosse tomada contra países em desenvolvimento ou países recentemente emancipados. [...] Uma interpretação ampla do termo "força" no contexto do artigo 2º(4) da Carta era perfeitamente compatível com os dispositivos da Carta, fortalecia o princípio da proibição da ameaça ou uso da força, e coadunava-se com os desenvolvimentos

66 R. Rosenstock, *op. cit. supra* N. 4, p. 719.

67 ONU, doc. A/6547, par. 37.

68 ONU, docs. A/6165, par. 25, e A/6547, par. 39.

69 ONU, doc. A/6165, par. 25.

70 ONU, doc. A/7809, par. 20 e, no mesmo sentido, ONU, doc. A/6547, par. 38.

desde a entrada em vigor da Carta. A favor de tal interpretação, citem-se a Carta da Organização dos Estados Americanos, o Programa para a Paz e Cooperação Internacional adotado pela 2ª Conferência de Chefes de Estado ou Governo dos Países Não Alinhados, realizada no Cairo em 1964, e a resolução 2160 (XXI) da Assembleia Geral", de 30 de novembro de 1966[71].

Alguns representantes acrescentaram que como – em sua opinião – o termo "força" empregado no artigo 2º(4) da Carta da ONU tinha "uma acepção mais ampla" do que o termo "força" encontrado no artigo 44, "por serem diferentes os contextos, por conseguinte a inclusão de todas as formas de pressão não ia além do sentido do princípio na Carta"[72]. Em sua maior parte, os Estados afro-asiáticos, os Estados do Leste Europeu e alguns Estados latino-americanos favoreceram uma interpretação ampla do termo "força", ao passo que uma interpretação restrita foi defendida pelos Estados ocidentais, alguns outros Estados latino-americanos e outros Estados individualmente; a Declaração de 1970 não logrou fornecer uma resposta clara ao problema, no entender de alguns deliberadamente, ao optar por uma redação bem abstrata do princípio de modo a superar a dificuldade[73].

As mesmas incertezas transferiram-se para a bibliografia especializada: enquanto Rosenstock, por exemplo, defendeu uma "interpretação restritiva do âmbito do termo "força"[74], Arangio-Ruiz argumentou de modo distinto: "formas de pressão ou coerção outras que a força armada são igualmente condenadas na Declaração", na formulação do princípio ou dever de não intervenção (*infra*), o que sugere "uma interpretação de 'força'

71 ONU, documento A/6955, par. 41.

72 ONU documento A/6547, par. 38.

73 Cf. R. Rosenstock, *op. cit. supra* N. 4, p. 724.

74 Cf. *ibid.*, p. 725.

de certo modo mais ampla do que apenas força armada"[75]. (Cf. Considerações Finais, *infra*).

2.4.2.2. Solução pacífica de controvérsias

A contrário dos debates relativos ao princípio anterior, os debates[76] sobre o princípio da solução pacífica de controvérsias internacionais, de modo a não ameaçar a paz e a segurança internacionais, e a justiça, não apresentam interesse direto para o presente estudo da Declaração de 1970 relacionado ao capítulo das "fontes" do direito internacional. Com efeito, os debates sobre o presente princípio não figuram dentre os que causassem a melhor das impressões. Poucos pontos podem ser ressaltados.

Repetiu-se, por exemplo, na formulação do princípio, a velha máxima de que a aceitação pelos Estados de um procedimento de solução de controvérsias existentes ou futuras de que sejam partes não deveria ser encarada como incompatível com a "igualdade soberana dos Estados"[77]. A cláusula facultativa da jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça foi naturalmente lembrada nos debates[78], mas é provável que alguns Estados, particularmente os Estados novos[79], tivessem preferências pelo método de negociações diretas. Isto transparece da posição assumida por alguns delegados, de que "a negociação, a mediação e a conciliação eram métodos que poderiam ser usados para

75 G. Arangio-Ruiz, *op. cit. supra* N. 17, p. 529-530. Rosenstock não deixou de admitir esta conquista dos proponentes da interpretação ampla do termo "força", citando tanto o princípio da não intervenção quanto o preâmbulo da Declaração; R. Rosenstock, *op. cit. supra* N. 4, p. 725.

76 Cf., *e.g.*, ONU, docs. A/6230, pars. 157-272; e A/5746, pars. 128-201.

77 Para a insistência sobre este último ponto, cf., *e.g.*, ONU, docs. A/6547 par. 47; e A/6165, par. 34.

78 Cf., *e.g.*, ONU, docs. A/6165, par. 35; A/6547, par. 48; e A/6955, par. 96.

79 Também na consideração do princípio da solução pacífica de controvérsias o papel mais importante a ser atribuído aos novos Estados "na criação do direito internacional", particularmente no decorrer dos trabalhos do Comitê Especial; ONU, doc. A/6955, par. 97.

alterar uma situação jurídica existente, enquanto os métodos de arbitragem e solução judicial aplicavam o direito tal como ele existia"[80].

Na Sessão de Nova York de 1966, do Comitê Especial, dois representantes chegaram mesmo a afirmar que "a negociação era o método mais eficaz de solução de controvérsias internacionais"[81]. Outros advertiram, no entanto, que "a negociação tinha suas limitações, uma vez que envolvia uma relação de poder baseada nos interesses particulares dos Estados e não no bem-estar geral", e que "dar proeminência *de jure* à negociação não era desejável, pois poderia limitar a liberdade das partes de escolher os meios mais apropriados de solucionar a disputa em questão"[82].

Enfim, fizeram-se referências às funções dos órgãos políticos da ONU – particularmente o Conselho de Segurança e a Assembleia Geral – na solução de conflitos[83], assim como ao papel reservado aos organismos regionais ([a antiga] OUA, OEA, Liga dos Estados Árabes e Conselho da Europa)[84]. Alguns representantes expressaram esperanças de que em trabalhos futuros sobre o princípio em questão "se levasse suficientemente em conta a experiência dos Estados latino-americanos que possuem uma longa história de iniciativas no campo da solução pacífica" de controvérsias internacionais[85].

80 ONU, doc. A/6165, par. 33.

81 ONU, doc. A/6547, par. 49.

82 *Ibid.*, par. 49. Sobre o elemento da boa-fé na solução pacífica de controvérsias, cf. *ibid.*, par. 50.

83 ONU, doc. A/6165, par. 36.

84 *Ibid.*, par. 37.

85 ONU, doc. A/6547, par. 51.

2.4.2.3. Não intervenção nos assuntos internos dos Estados

É de fundamental importância para os propósitos do presente estudo o terceiro princípio considerado pelo Comitê Especial, o do dever de não intervenção, tão defendido – não surpreendentemente – pelos representantes sobretudo dos Estados latino-americanos e também dos Estados do Leste Europeu. Na sessão de Genebra de 1967 do Comitê Especial, lembrando, *e.g.*, que o princípio em questão estava consagrado na Convenção dos Direitos e Deveres dos Estados, de Montevidéu de 1933, e na Carta da OEA (assim como nas da [antiga] OUA e da ONU), chegaram a argumentar que

> *a história da América Latina era a história do princípio da não intervenção nos assuntos internos dos Estados. Para os povos da América Latina, o princípio, longe de ser uma mera cláusula formal, refletia suas profundas convicções e constituía a principal defesa jurídica de sua independência e soberania*[86].

Com efeito, um dos membros participantes do Comitê Especial relatou posteriormente que durante os trabalhos do Comitê sentiam nitidamente as delegações que o princípio da não intervenção consubstanciava-se como "um princípio latino-americano"[87].

Dos prolongados debates a respeito[88], cabe de início destacar a posição assumida por inúmeras delegações segundo a qual "atividades contra o sistema político, econômico e social de um Estado ou contra sua soberania ou integridade territorial, e tentativas de impor a um Estado uma forma específica de

86 ONU, doc. A/6955, par. 89. Cf., a respeito, Considerações finais, *infra*, particularmente nota N. 198.

87 Cf. G. Arangio-Ruiz, *op. cit. supra* N. 17, p. 549 e 560.

88 Cf., *e.g.*, ONU, docs. A/5746, pars. 202-292; A/6230, pars. 273-355; e A/6799, pars. 301-366.

organização ou governo, constituem intervenção ilegal"[89]. Relembrando que "a intervenção militar era apenas uma das formas possíveis de intervenção", advogaram alguns representantes na sessão de Genebra de 1967 do Comitê Especial que "a formulação do princípio deveria lidar com a intervenção sob qualquer forma, seja aberta ou indireta, nos assuntos internos ou externos de um Estado, por motivos políticos, militares, econômicos, ideológicos ou outros"[90].

Tal foi a posição defendida pela delegação tcheca já na primeira sessão do Comitê Especial (Cidade do México, 1964)[91], compartilhada pela delegação romena[92]. Na mesma linha de pensamento, declarou o representante polonês, Bierzanek, que

> *a era nuclear tornava absolutamente necessária que os Estados adotassem um padrão mais alto de conduta; [...] o desenvolvimento progressivo do direito internacional requeria que a proibição do uso da força armada deveria estender-se de modo a cobrir todas as formas de pressão dirigida contra a independência política de outros Estados e seu livre exercício de direitos soberanos*[93].

Dentre os exemplos de intervenção denunciados perante o Comitê Especial, figuraram, *e.g.*, as pressões para obtenção de concessões territoriais (tais como o estabelecimento de

89 ONU, doc. A/6165, par. 43.

90 Acrescentou-se que "certas atitudes aparentemente passivas poderiam também constituir atos de intervenção"; alguns representantes também condenaram "atos de intervenção para a manutenção do colonialismo ou neocolonialismo", acreditando que "a obrigação consignada no princípio (em questão) não se aplicava à ajuda dada aos povos sob dominação colonial com vistas a acelerar sua conquista da independência". ONU, doc. A/6955, par. 92.

91 Cf. ONU, doc. A/AC.119/SR.25, p. 5, e cf. p. 4-6.

92 Cf. ONU, doc. A/AC.119/SR.26, p. 8.

93 ONU, doc. A/AC.119/SR. 25, p. 12.

bases militares)[94], as pressões para o reconhecimento ou o não reconhecimento de um novo Estado ou governo mediante a ameaça de rompimento de relações diplomáticas[95], as pressões para a conclusão de "tratados de defesa recíproca" entre poderes coloniais e suas ex-colônias[96]. O representante da (então) República Árabe Unida comentou que, dadas as dificuldades de se definir a intervenção em todas as suas formas, deveria sempre caber aos "órgãos internacionais competentes" a determinação em cada caso concreto se ocorrera ou não intervenção[97].

Outra delegação a manifestar-se categoricamente pela proibição de todo tipo de intervenção visando modificar o sistema sócio-econômico-político de outro Estado foi a da Nigéria[98], enquanto a delegação iugoslava pertinentemente declarava que no exame da questão da intervenção dever-se-ia ater não apenas à independência política e integridade territorial, mas também ao direito de todo Estado ao desenvolvimento[99]. O delegado da Argentina foi outro a afirmar que seu país "se opunha firmemente à intervenção de qualquer tipo"[100]. As delegações da Tchecoslováquia[101], Polônia[102] e

94 ONU, doc. A/AC.119/SR. 29. p. 7 (declaração de Gana).

95 ONU, docs. A/AC.119/SR. 25, p. 6 (declaração da Tchecoslováquia) e p. 10 (declaração da Polônia); A/AC.119/SR. 31, p. 10 (declaração da Polônia); e A/AC.119/SR. 30, p. 11 (declaração do México).

96 Cf. notas 92 e 93, *supra*.

97 ONU, documento A/AC.119/SR. 30. p. 21. As dificuldades de definição de intervenção foram também ressaltadas pelos delegados do Reino Unido (ONU, doc. A/AC.119/SR. 26, p. 5-6) e da França (ONU, doc. A/AC.119/SR. 28, p. 7-9, citando tentativas anteriores de definição de intervenção). Quanto aos esforços anteriores dos Estados para codificar o princípio da não intervenção, cf. ONU, documento A/5671, p. 23

98 ONU, doc. A/AC.119/SR. 28, p. 18.

99 ONU, doc. A/AC.119/SR. 25, p. 9. O delegado russo citou declarações e tratados internacionais que consagravam o princípio da não intervenção: cf. ONU, doc. A/AC.119/SR. 28, p. 11-17.

100 ONU, documento A/AC.119/SR.28, p. 7, e cf. também p. 5.

101 ONU, doc. A/AC.119/SR.25, p. 5.

102 ONU, doc. A/AC.119/SR.25, p. 10.

Gana[103] ressaltaram a relação entre o dever de não intervenção e o princípio de autodeterminação dos povos.

Discurso dos mais elucidativos foi pronunciado pelo representante do México (J. Castañeda), para quem, "os grandes princípios político-jurídicos nasceram das vicissitudes da história", assim, a desigualdade de poder e de direitos que caracterizou as relações entre os grandes poderes e as jovens repúblicas latino-americanas [...] explicou as duas concepções conflitantes de não intervenção que emergiram: por um lado, a concepção europeia, que distinguia entre intervenção legítima (intervenção para assegurar controle financeiro de Estados devedores insolventes, intervenção humanitária, intervenção para proteger nacionais no exterior, e mesmo intervenção para manter a balança de poder) e intervenção ilegítima, e, por outro lado, a concepção latino-americana rejeitando qualquer forma de intervenção" (*e.g.*, a doutrina Drago)[104].

A luta dos Estados latino-americanos ao longo do século XX para consagrar o princípio da não intervenção, prosseguiu J. Castañeda, "atingiu um ponto crítico na Conferência Interamericana de Havana de 1928, quando o secretário de Estado dos Estados Unidos tentou traçar uma distinção entre intervenção e interposição de caráter temporário. Na Conferência de Montevidéu de 1933, onde se acentuou a política da boa-vizinhança, afirmou-se formalmente pela primeira vez o princípio da não intervenção, que se estabeleceu definitivamente na Conferência Interamericana de Buenos Aires de 1936 no Protocolo Adicional Relativo à Não Intervenção. Tal princípio, reiterado nas Conferências de Lima de 1938 e Chapultepec de 1945, recebeu sua formulação mais ampla e rigorosa no Pacto de Bogotá de 1948 e no disposto nos artigos 15 e

103 ONU, doc. A/AC.119/SR.30, p. 4.

104 ONU, doc. A/AC.119/SR.29, p. 6.

16 da Carta da OEA [...] os esforços do continente americano para reconciliar as posições e os interesses conflitantes dos Estados Unidos e dos países latino-americanos representavam um fundo valioso de experiência para a comunidade internacional"[105].

Na opinião do delegado mexicano, "o conceito interamericano de não intervenção era universalmente aplicável"[106]. Com isto não concordou o delegado australiano: para ele, os prolongados esforços dos Estados americanos para desenvolver "um sistema coerente de direito convencional sobre a matéria", seguidos por organizações regionais como a OEA e depois a OUA, não lograram, no entanto, criar direito internacional geral; "eram estritamente sistemas de direito convencional obrigatório tão somente para as partes interessadas"[107].

Um episódio digno de menção foi a polêmica precipitada pelas declarações do delegado norte-americano, ainda na sessão de 1964 do Comitê Especial, acerca do sentido exato e alcance da proibição de intervenção. Para o representante dos Estados Unidos (Schwebel), "o dever de não intervenção aplicava-se claramente às Nações Unidas de acordo com o artigo 2º(7) da Carta", enquanto "a intervenção do Estado era, por outro lado, tratada apenas

105 *Ibid*, *p.* 4-5 e cf. também p. 7. Sobre a prática latino-americana a respeito, cf. ademais, *e.g.*, I. Fabela. *Intervention*. Paris: Pédone, 1961, p. 67-212; cf. ademais, *e.g.*, A. V. W. Thomas; A. J. Thomas Jr. *Non--Intervention – The Law and Its Import in the Americas*. Dallas: Southern Methodist University Press, 1956, p. 55-64. E cf. Comitê Jurídico Interamericano. Contribución del Continente Americano al Desarrollo y a la Codificación de los Principios del Derecho Internacional que Rigen la Responsabilidad del Estado. *Recomendaciones e Informes*, Documentos Oficiales – v. VII. Parecer de 25 de agosto de 1961, p. 177-250; OEA, doc. OEA/Ser. I/VI.2 – CIJ-58, Comissão Jurídica Interamericana. Opinion on the Legal Aspects of the Draft Declaration on Non-Intervention Presented by the Mexican Delegation, de 22 de setembro de 1960, p. 1-12; Comitê Jurídico Interamericano. Diferencias entre Intervención y Acción Colectiva. *Recomendaciones* e *Informes*, Documentos Oficiales – v. IX, parecer de 23 de setembro de 1965, p. 111-127. Para um estudo mais recente, cf. R. J. Vincent. *Non-Intervention and International Order*. Princeton: University Press, 1974, p. 1 ss.; e para um estudo de casos, cf. J. E. S. Fawcett. Intervention in International Law: A Study of Some Recent Cases. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye [RCADI]*, v. 103, 1961, p. 347-421.

106 ONU, doc. A/AC.119/SR.30, p. 11.

107 ONU, doc. A/AC.119/SR.32, p. 12.

obliquamente no artigo 2º(4)"[108]. Para ele, "a integridade territorial dos Estados já se encontrava amplamente protegida pelo artigo 2º(4)", e havia que se manter em mente o "caráter limitado da preocupação da Carta com a intervenção do Estado" e os limites do mandato do Comitê Especial[109].

As reações foram imediatas. Argumentou o delegado da Índia que a Carta da ONU deveria ser considerada como um todo, incluindo os propósitos da Organização[110]. O representante de Gana sustentou que a validade dos trabalhos do Comitê Especial sobre o princípio da não intervenção não poderia ser questionada, em virtude da resolução 1966 (XVIII) de 1963 da Assembleia Geral, que solicitara que o Comitê Especial "levasse em conta a prática das Nações Unidas e dos Estados"; ademais, à luz do artigo 13 da Carta da ONU "não se poderia argumentar [...] que o mandato do Comitê tivesse ultrapassado os limites da Carta"[111]. O delegado mexicano, insistindo na "concepção latino-americana que rejeitava a intervenção sob qualquer forma"[112], refutou o argumento norte--americano (*supra*) ao observar que se não tivesse a ONU o direito de intervir nos assuntos pertencentes ao domínio reservado dos Estados, "o mesmo aplicar-se-ia *a fortiori* aos próprios Estados"[113]. Também o representante iugoslavo argumentou que o artigo 2º(7) da Carta da ONU implicava a *fortiori* uma proibição de intervenção também nas relações interestatais[114].

108 ONU, doc. A/AC.119/SR.29, p. 8; seria interessante comparar tal consideração do representante norte-americano com o argumento defendido por H. Kelsen em seu *The Law of the United Nations*. London: Stevens, 1950, p. 770.

109 ONU, doc. A/AC.119/SR.29, p. 7-8 e 11.

110 ONU, doc. A/AC.119/SR.29, p. 16.

111 ONU, doc. A/AC.119/SR.32, p. 24-25.

112 ONU, doc. A/AC.119/SR.30, p. 4.

113 ONU, doc. A/AC.119/SR.32, p. 23.

114 ONU, doc. A/AC.119/SR.31, p. 12.

Tanto o delegado tcheco[115] quanto o mexicano[116] discordaram da aparente implicação do argumento da delegação norte-americana de que o dever da não intervenção reduzia-se à proibição da "força" na acepção restrita de "força armada"; acrescentou o representante do México que "era extremamente perigoso tentar provar que o princípio da não intervenção não estivesse implicitamente contido na Carta da ONU, pois nesse caso seria necessário pressupor que se a intervenção não era proibida, ela era permissível"[117].

Outra grave polêmica, que quase comprometeu os trabalhos do Comitê Especial sobre o Princípio de Não Intervenção, teve lugar em suas sessões de 1966-1967, acerca da resolução 2131 (XX) de 1965 da Assembleia Geral contendo a Declaração sobre a Inadmissibilidade de Intervenção nos Assuntos Internos dos Estados e Proteção de sua Independência e Soberania[118]. Discutia-se se tal resolução deveria ou não ser aproveitada pelo Comitê Especial na busca de uma formulação do princípio da não intervenção. Surgiu um impasse a respeito entre os membros do Comitê, que virtualmente paralisou este último[119]. Enquanto alguns consideravam aquela resolução um importante documento político, mas desprovido de caráter jurídico[120], outros argumentavam que deveria ela servir de base para os trabalhos do Comitê, por expressar uma

115 ONU, doc. A/AC.119/SR.32, p. 29.

116 *Ibid.*, p. 23.

117 *Ibid.*, p. 23; cf. também as declarações dos delegados da Iugoslávia (ONU, doc. A/AC.119/SR.31, p. 11--12) e da República Árabe Unida (ONU, doc. A/AC.119/SR.30, p. 20-21). Replicando, o representante dos Estados Unidos insistiu na posição de sua delegação (ONU, documento A/AC.119/SR.32, p. 25--28), mas novamente confrontou-se com a oposição dos representantes da Índia (ONU, doc. A/AC.119/SR.32, p. 30) e da Tchecoslováquia (ONU, doc. A/AC.119/SR.32, p. 29). Cf. também, a respeito, *e.g.*, N. Ouchakov. La compétence interne des États et la non-intervention dans le droit international contemporain. *RCADI*, v. 141, 1974, p. 65-80.

118 Cf., a respeito, *e.g.*, N. Ouchakov. La compétence interne des États et la non-intervention dans le droit international contemporain. *RCADI*, v. 141, 1974, p. 65-80.

119 Cf. relato *in* ONU, doc. A/6955, pars. 80-82.

120 Cf. *ibid.*, par. 81.

"convicção jurídica universal" do princípio da não intervenção e por ter sido ela adotada sem votos contrários[121].

O parecer de que a Declaração incorporada na resolução 2131 (XX) era "política e não jurídica" e o Comitê não deveria "endossá-la" e sim tomar uma posição "mais flexível"[122] tornava-se minoritário já na sessão de Nova York de 1966 do Comitê. A maioria dos membros do Comitê considerava que a substância da resolução 2131 (XX) deveria ser aproveitada na formulação do princípio em questão; na ocasião, observou-se significativamente que "havia outros exemplos importantes de adoção de declarações de conteúdo jurídico consciente, por recomendação dos órgãos políticos das Nações Unidas, e *o corpo de resoluções da Assembleia Geral poderia ser uma fonte do direito internacional costumeiro*"[123].

Naquela sessão, por 22 votos a 8, com uma abstenção, decidiu o Comitê Especial aproveitar a resolução 2131 (XX) e instruir seu Comitê de Redação[124] a dirigir seu trabalho sobre o princípio em questão com o objetivo de ampliar a área de acordo ou consenso da resolução 2131 (XX) da Assembleia Geral[125].

Na ponderação de um dos representantes,

> *qualquer tentativa de se estabelecer uma distinção rígida entre princípios jurídicos e postulados políticos frustraria o desenvolvimento do direito internacional e o impediria de influenciar o curso das relações internacionais. [...]*

121 Cf. *ibid.*, § 83. A resolução 2131 (XX) havia sido adotada por 109 votos a favor, nenhum contra, com uma abstenção.

122 ONU, doc. A/6547, par. 54.

123 *Ibid.*, par. 53 (ênfase nossa); e cf. também, no mesmo sentido, ONU, doc. A/6230, p. 134.

124 Inicialmente composto por 14 membros, teve sua composição posteriormente ampliada para 17 membros.

125 ONU, docs. A/6547, par. 52, e A/8018, supl. 18, p. 14 e p. 36-37 para o texto da decisão do Comitê Especial. Para as dificuldades subsequentes do Comitê de Redação, cf. ONU, docs. A/6799, p. 162-163, e A/7326, p. 69.

> *Isto explicava porque o estudo dos sete princípios havia sido confiado a Comitê composto de representantes dos Estados e não à Comissão de Direito Internacional*[126].

Quanto à determinação e alcance do chamado domínio reservado dos Estados propriamente dito, observou um dos representantes que não recairiam sob o domínio reservado "atos como genocídio, crimes contra a humanidade, a denegação do direito de autodeterminação dos povos sob dominação colonial ou estrangeira, ou atos cometidos em violação de acordos internacionais"[127]. Outro delegado ressaltou que "o princípio não poderia ser construído de modo a significar que um país pudesse violar os direitos humanos fundamentais de seus cidadãos sem que tais violações se tornassem preocupação de toda a comunidade internacional"[128].

O representante de Gana comentou que

> *a questão se um determinado exercício de poder recaía sob o domínio reservado do Estado não poderia ser determinada até que se tivessem examinado todas as suas obrigações [internacionais] relativas à situação. O desenvolvimento das comunicações [...] através das fronteiras nacionais tinha tornado cada Estado verdadeiramente interessado no que ocorria no território de outros Estados, de tal modo que do ponto de vista do interesse real poucas questões poderiam ser tidas como inteiramente internas. [...] [Os] direitos [dos Estados] desenvolveram-se pelo costume ou pelo tratado, e o domínio reservado dos Estados no sentido jurídico reduzia-se continuamente à medida que se reconhecia e*

126 ONU, doc. A/6799, p. 147.

127 ONU, doc. A/6955, par. 91.

128 *Ibid.*, par. 91.

> *se estendia a proteção legal ao interesse real dos Estados no território de outros*[129].

Com efeito, conforme demonstrado em estudo detalhado de 1979 sobre a matéria, a prática das Nações Unidas e organizações regionais nas décadas de cinquenta a setenta corrobora a tese de que "o domínio reservado dos Estados está atualmente sendo submetido a um processo contínuo de redução", que coincide com maior ênfase atribuída à cooperação internacional em assuntos socioeconômicos, acrescida do impacto da ciência e tecnologia nos princípios regendo as relações internacionais; a prática dos órgãos políticos da ONU, em particular, tem procurado ressaltar a responsabilidade dos Estados por violações de suas obrigações internacionais, e não tem permitido que Estados que interpõem objeções com base no domínio reservado impeçam a inclusão do tópico em questão em suas agendas para discussão ulterior em nível internacional[130].

Os trabalhos do Comitê Especial sobre o dever da não intervenção, ainda que marcados por prolongados desentendimentos, são dos mais significativos. Lembre-se, por exemplo, que em sua 1ª sessão, em 1949, a Comissão de Direito Internacional da ONU decidira incluir a questão do domínio reservado dos Estados em um levantamento de direito internacional relativo a seu trabalho de codificação, mas como se mantiveram divididas as opiniões dos membros sobre o assunto, concluiu-se que "a

---

129 ONU, docs. A/AC.119/SR. 29, p. 5, e A/5746, p. 124. A seu turno, ponderou o delegado do Reino Unido, Sinclair, que "ao se considerar o âmbito do termo "intervenção" dever-se-ia reconhecer que em um mundo interdependente, era inevitável e desejável que os Estados se interessassem e procurassem influenciar as ações e políticas de outros Estados, e que o objetivo do direito internacional não é o de impedir tal atividade, mas sim o de assegurar que seja ela compatível com a igualdade soberana dos Estados e a autodeterminação de seus povos"; ONU, doc. A/AC.125/SR. 114.

130 A. A. Cançado Trindade. *O Estado e as Relações Internacionais: O Domínio Reservado dos Estados na Prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 43.

questão do domínio reservado não seria incluída na lista de tópicos adequados à codificação”[131].

O Comitê Especial foi mais feliz. O princípio em questão, tal como formulado pelo Comitê, é inequívoco ao dispor que “a intervenção armada e todas as outras formas de interferências ou atentados contra a personalidade do Estado ou contra seus elementos políticos, econômicos e culturais, são contrários ao direito internacional”; estipula ainda que “nenhum Estado pode usar ou encorajar o uso de medidas econômicas, políticas, ou de qualquer outro tipo, para coagir outro Estado para dele obter a subordinação do exercício de seus direitos soberanos e dele extrair vantagens de qualquer tipo”. O texto acrescenta que “a escolha de seus próprios sistemas político, econômico, social e cultural sem interferência de qualquer tipo de outro Estado é um direito inalienável de todo Estado”; assevera-se, enfim, que nada nessas cláusulas deve ser interpretado como afetando os dispositivos relevantes da Carta da ONU relativos à paz e segurança internacionais[132]. Com isso, só poderiam dissipar-se dúvidas porventura subsistentes da consideração do primeiro princípio, da proibição do uso ou ameaça da força nas relações internacionais (*supra*), quanto à acepção adequada do termo “força”: a formulação pelo Comitê Especial do dever de não intervenção é peremptória ao condenar a intervenção em todas as suas formas (cf. Considerações Finais, *infra*).

2.4.2.4. Dever de cooperação internacional

Logo no início dos debates do Comitê Especial sobre o 4º princípio, observou-se que a cooperação internacional deveria

131 ONU, doc. A/CN.4/SR. 5, p. 8, e cf. p. 5-7; cf. também ONU, docs. A/CN.4/SR. 4 e A/CN.4/SR. 6, p. 8-9.

132 Texto in: U.N. General Assembly. *Resolutions Adopted on the Report of the Sixth Committee*, 25th session, 1970, p. 213 (A. G. res 2625 (XXV) de 1970); cf. também ONU, doc. A/8028, supl. 28, p. 123, e cf. p. 121-124.

sempre efetuar-se "com base na igualdade absoluta dos Estados"[133]; no parecer de algumas delegações, dever-se-ia evitar qualquer tipo de discriminação; particularmente nas relações econômicas e comerciais[134]. Durante os debates sobre o dever de cooperação internacional[135] fizeram-se referências aos esforços regionais de cooperação na área do desenvolvimento e assistência técnica[136].

Na sessão de Genebra de 1967 do Comitê Especial, muitos representantes insistiram – com sucesso – na inclusão, na formulação do princípio, de uma cláusula estipulando o dever de cooperação dos Estados na promoção do respeito e observância dos direitos humanos e eliminação de todas as formas de discriminação racial e de intolerância religiosa[137]. Acentuou-se, ainda, que o presente princípio de cooperação era uma precondição ou então um corolário do conceito de coexistência pacífica em constante relação com os demais princípios do direito internacional[138].

Relembrando o artigo 23 do Pacto da Liga das Nações e os artigos 13, 55 e 56 da Carta da ONU, o representante húngaro na Comissão de Direito Internacional da ONU, Entre Ustor, destacou um aspecto distinto – e talvez pouco lembrado – do princípio de cooperação entre Estados em exame pelo Comitê Especial: "o dever dos Estados de cooperar no campo jurídico e particularmente no desenvolvimento progressivo do direito internacional e sua codificação, [...] implícito no dever geral de cooperação"[139]. Com

133 ONU, doc. A/6165, § 52.

134 *Ibid.*, par. 52 e cf. também ONU, doc. A/6955, par. 56.

135 Cf. a respeito, *e.g.*, ONU, docs. A/6230, pars. 414-445 e A/6799, pars. 114-170.

136 ONU, doc. A/6955, par. 55.

137 *Ibid.*, par. 58.

138 *Ibid.*, pars. 51 e 53.

139 E. Ustor. The Principle of Co-operation Among States and the Development of International Law. In: Hungarian Branch of the International Law Association (ed.). *Questions of International Law.* Budapest: Progresprint, 1971, p. 246 e cf. p. 242-245. Cf. também, sobre o princípio em questão,

efeito, a delegação húngara propôs em 1969 que "a declaração de princípios deveria mencionar expressamente o desenvolvimento progressivo do direito internacional e sua codificação entre as áreas em relação às quais têm os Estados o dever de cooperar entre si"[140].

Se, por um lado, há áreas que ainda hoje, mais do que nunca, estão a requerer urgentemente a cooperação dos Estados, como, *inter alia*, o problema da energia nuclear, a exploração do espaço, a proteção do meio ambiente, a questão do desarmamento, a exploração dos recursos dos oceanos, o problema da fome, os usos pacíficos da Antártida – por outro lado há que se reconhecer a intensa atividade de cooperação internacional desenvolvida nos últimos anos no seio das Nações Unidas e organizações regionais; tal prática internacional, a nível global assim como regional, é, nas palavras de E. Ustor, "um fato tão decisivo, frequente e expressivo da *opinio juris sive necessitatis* dos Estados, que não parece ser hoje um exagero falar da emergência de uma regra de direito internacional costumeiro a esse respeito"[141].

2.4.2.5. Igualdade de direitos e autodeterminação dos povos

Conforme observou um membro iugoslavo do Comitê Especial, na escolha dos princípios a serem examinados não se contentou com uma simples reavaliação dos princípios fundamentais do artigo 2º da Carta da ONU (*supra*), mas decidiu-se pelo estudo também de "princípios cuja natureza jurídica estava ainda em plena evolução"[142], de que é exemplo marcante o da igualdade de direitos e autodeterminação dos povos. Este último, na observação

E. McWhinney. Friendly Relations and Co-operation Among States: Debate at the Twentieth General Assembly, United Nations. *American Journal of International Law*, v. 60, 1966, p. 360.

140 E. Ustor, *op. cit. supra* N. 139, p. 245.

141 *Ibid.*, p. 244-245. Sobre o dever de cooperação dos Estados e a "interdependência das sociedades humanas" nos tempos modernos, cf. *ibid.*, p. 242.

142 M. Sahovic, *op. cit. supra* N. 7, p. 287.

de alguns representantes, era um traço característico de nossos tempos: "o movimento de emancipação nacional [...] possibilitara nos últimos vinte anos que mais de cinquenta países, hoje unidos na comunidade internacional organizada, alcançassem a independência e soberania. [...] Era esse o mais importante sucesso conseguido pelas Nações Unidas. O princípio continuava a ser de importância decisiva para os países ainda vivendo sob dominação colonial"[143].

A autodeterminação dos povos estabelecera-se como uma regra do direito internacional contemporâneo (e não simples postulado moral ou político)[144], de aplicação universal[145]; argumentou um participante que "ainda que se admitisse que o sistema colonial houvera se baseado em regras costumeiras, estas tinham perdido sua força obrigatória pela ausência de uma *opinio necessitatis*"[146]. Fizeram-se referências a resoluções relevantes da Assembleia Geral da ONU e a descolonização, como, *e.g.*, a celebrada resolução 1514 (XV) de 1960, a resolução 2105 (XX) de 1965 (de apoio aos movimentos de libertação nacional), e também as resoluções 2160 (XXI) de 1966, 1541 (XV) de 1960, e 2131 (XX) de 1965[147].

---

143 ONU, doc. A/6955, par. 62; e, no mesmo sentido, ONU, doc. A/7831, par. 22.

144 ONU, doc. A/6955, par. 63.

145 ONU, doc. A/7831, par. 23. Observou-se ainda que o princípio se tornara parte dos fundamentos do sistema da ONU (doc. A/6955, par. 63), e que "a dominação colonial era na atualidade o principal obstáculo a relações verdadeiramente amistosas entre os Estados" (doc. A/7831, par. 24), além de "uma denegação dos direitos humanos fundamentais (...) contrária à Carta das Nações Unidas" (*ibid.*, § 27).

146 ONU, doc. A/6955, par. 71.

147 ONU, docs. A/7831, par. 22; A/6547, par. 71; e A/6955, pars. 62 e 65. Note-se, no entanto, que a formulação definitiva do princípio na Declaração de 1970 não cita expressamente nenhuma dessas resoluções da Assembleia Geral. Não obstante cabe assim mesmo ressaltar o significativo conteúdo da resolução 1514 (XV) de 1960, que declara *inter alia* que: "1) A sujeição de povos ao jugo, ao domínio e à exploração de estrangeiros, constitui uma denegação dos direitos fundamentais, é contrária à Carta das Nações Unidas e é um obstáculo à promoção da paz mundial e da cooperação entre os Estados; 2) Todos os povos têm direito à autodeterminação, podendo, em virtude desse direito, escolher livremente o seu estatuto político, assim como livremente promover o seu desenvolvimento econômico, social

Já na sessão de Nova York de 1966 do Comitê Especial, todas as delegações que participaram dos debates concordaram não apenas em que "o princípio constituía uma regra do direito internacional e não um mero preceito moral", mas também que "o termo ´povos` aplicava-se não apenas a Estados, mas também a outras entidades, particularmente [...] a povos em países coloniais"[148]. Dos longos debates sobre o princípio[149], podem-se extrair alguns pontos elucidativos, tais como, *e.g.*, as passagens relativas ao uso da força no contexto da autodeterminação. As delegações estiveram de acordo em que, por um lado, todo Estado tinha o dever de abster-se de qualquer ação contrária ao exercício do direito de autodeterminação e, por outro lado, na luta pela emancipação os povos coloniais estavam habilitados a procurar e receber todo tipo de ajuda de acordo com os propósitos e princípios da Carta da ONU[150].

Este era um dos casos raros e excepcionais em que se facultava o uso da força[151]: em situações coloniais, "as relações entre um

e cultural; 3) A falta de preparo político, econômico ou educacional não poderá jamais servir de pretexto para adiar a consecução da independência; 4) Toda a ação armada e medidas repressivas dirigidas contra povos dependentes cessará, de maneira a permitir-lhes exercer pacífica e livremente o seu direito de organizar a sua independência, assegurado o respeito à integridade de seu território nacional; 5) Providências imediatas serão tomadas para transferir todos os poderes locais aos povos dos territórios não autônomos, independentemente de quaisquer condições ou reservas, de acordo com a sua livre vontade e os anseios nacionais, sem distinção de raça, credo, ou cor, para garantir-lhes a plenitude da liberdade e da independência; 6) Qualquer tentativa de quebra da unidade nacional e da integridade territorial de um país é incompatível com os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas; 7) Todos os Estados observarão fiel e estritamente os dispositivos da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Declaração presente, com base na igualdade, na não intervenção nos assuntos internos dos Estados e no respeito ao direito soberano de todos os povos à sua integridade territorial". Sobre a implementação da resolução acima, cf. a resolução 2621 (XXV) de 12 de outubro de 1970, da Assembleia Geral da ONU (Programa de Ação para a Ampla Implementação da Declaração sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Coloniais).

148 ONU, doc. A/6547, par. 69.

149 Cf., *e.g.*, ONU, docs. A/6799, pars. 171-235; e A/6230, pars. 456-521.

150 ONU, docs. A/6165, par. 61, e A/7831, par. 28.

151 Jaroslav Zourek enumera quatro empregos da força excepcionalmente autorizados pela Carta da ONU, a saber: 1) As cláusulas da Carta relativas aos antigos Estados inimigos (artigos 53 e 107); 2)

Estado metrópole e seus territórios dependentes não pertenciam *à* categoria de relações internacionais a que se aplicava o artigo 2º(4) da Carta da ONU[152]. Ponderaram alguns representantes que a consagração do *exercício* do direito de autodeterminação, "uma vez esgotados todos os demais recursos", no princípio a ser formulado, era da própria essência do tema em questão[153]. De fato, a formulação do princípio da autodeterminação figura entre as grandes conquistas do Comitê Especial, não apenas pela contribuição para o desenvolvimento progressivo do direito internacional como também se tendo em mente que muitos Estados jamais aceitaram a autodeterminação como um direito dos povos anteriormente.

Diversas delegações categoricamente asseveraram que "de acordo com o direito internacional um território colonial não poderia ser tido como parte integrante do território do poder encarregado de sua administração"[154]. Na formulação definitiva do princípio, teve o Comitê Especial o cuidado de inserir uma cláusula pela qual "o território de uma colônia ou outro território sem governo próprio tem, sob a Carta [da ONU], um *status* separado e distinto do território do Estado administrando-o, e tal *status* separado e distinto sob a Carta deverá persistir até que o povo da

O direito de legítima defesa (artigo 51); 3) as medidas coercitivas decididas ou recomendadas pelos órgãos competentes da ONU (tais como, *e.g.*, as autorizadas pelo Conselho de Segurança em caso de ameaça ou violação da paz sob o artigo 39 da Carta da ONU); 4) A aplicação do direito de autodeterminação dos povos (em que se facultaria a um povo o recurso à força, artigos 1º (2) e 2º (4) da Carta da ONU). J. Zourek. *L'interdiction de l'emploi de la force en droit international*. Leiden/Genève: Sijthoff/Institut Henry-Dunant, 1974, cap. XI, p. 93-112. Quanto ao uso da força no contexto da autodeterminação dos povos, cf., no mesmo sentido, D. Touret, *op. cit. infra* N. 178, p. 296-297. Para um estudo dos vários aspectos da questão do uso da força pelos Estados cf., *e.g.*; Ian Brownlie. *International Law and the Use of Force by States*. Oxford: Clarendon Press, 1963, p. 1 ss.; Rosalyn Higgins. The Legal Limits to the Use of Force by Sovereign States – United Nations Practice. *British Year Book of International Law*, v. 37, 1961, p. 269-319; Michael Akehurst. The Use of Force to Protect Nationals Abroad. *International Relations*, v. 5. London (maio de 1977), p. 3-23.

152 ONU, doc. A/7831, par. 29.

153 *Ibid.*, par. 30.

154 *Ibid.*, par. 31.

colônia ou território sem governo próprio tenha exercido seu direito de autodeterminação de acordo com a Carta e particularmente com seus propósitos e princípios”[155].

Durante os debates, alguns representantes cautelosamente observaram que o princípio (acima) não deveria ser utilizado de modo a afetar a soberania e integridade territorial dos Estados: pairavam sobre eles os receios da secessão e desmembramento territorial, principalmente no tocante aos Estados multinacionais e que comportavam minorias. Assim, tentou-se traçar uma distinção entre os casos típicos de autodeterminação (no contexto imediatamente colonial) e os de secessão: em relação a esses últimos, resguardados os direitos das minorias não se deveria interpretar amplamente o princípio da autodeterminação de modo a abranger igualmente os movimentos de secessão de grupos tribais, étnicos e religiosos (dentro de um país já independente)[156].

2.4.2.6. Igualdade soberana dos Estados

A consideração, pelo Comitê Especial, do princípio da igualdade soberana dos Estados, pode à primeira vista parecer redundante e conducente a uma simples reasserção do artigo 2º (1) da Carta da ONU, mas surgiu, no entanto, um elemento novo em relação ao artigo 2º (1), que foi o reconhecimento pelos integrantes do Comitê do direito do Estado de livre escolha e desenvolvimento de seus sistemas políticos, sociais, econômicos e culturais. É o que demonstram os debates do Comitê Especial a respeito[157], além de poucos outros dados de interesse para o presente estudo.

155 U.N. General Assembly. *Resolutions Adopted on the Report of the Sixth Committee*, 25th session, 1970, p. 124 (A.G. res. 2625 (XXV) de 1970).

156 ONU, docs. A/7831, par. 26 e A/6955, par. 68.

157 Cf., e. g., ONU, docs. A/5746, pars. 293-352; A/6799, pars. 409-437; e A/6230, pars. 356-413.

Verificou-se no decorrer dos trabalhos uma preocupação constante com as desigualdades *de facto* entre os Estados, que não deveriam ser "legalizadas"[158]. Um dos pontos mais frequentemente debatidos foi sem dúvida o direito dos Estados de dispor livremente de sua riqueza e seus recursos naturais, considerado um aspecto essencial do princípio em exame no campo econômico; a esse respeito, fizeram-se referências às resoluções da Assembleia Geral 1803 (XVII) de 1962, 2158 (XXI) de 1966, e 2200 A (XXI) de 1966, sobre a matéria[159] (cf. também Considerações Finais, *infra*).

2.4.2.7. Boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais

Tampouco os trabalhos acerca do último princípio[160] mostram--se plenamente satisfatórios para os propósitos do presente estudo. Cumpre ressaltar o argumento avançado por diversos representantes de que as únicas obrigações cobertas pelo princípio do cumprimento de boa-fé das obrigações internacionais "eram as livremente contraídas e compatíveis com a Carta [da ONU] e o direito internacional geral. O princípio não cobriria, por exemplo, obrigações sancionando a agressão, dominação colonial ou desigualdade entre Estados, tratados desiguais, tratados impostos pela força ou fraude, ou tratados terminados legalmente"[161].

Insistiu-se particularmente na questão dos tratados desiguais: "nos anos recentes emergiram novos Estados que tiveram que optar entre diferentes sistemas econômicos e sociais, escolha esta que deu uma nova direção ao direito internacional, porque subentendia o direito de recusa a ver-se obrigado por tratados

158 Cf. ONU, docs. A/6547, par. 59; e A/6955, par. 99.

159 ONU, docs. A/6955, par. 100; e A/6547, par. 61; e cf. também doc. A/6165, par. 45. A Declaração, no entanto, não cita expressamente nenhuma dessas resoluções da A.G. na formulação do princípio em questão.

160 Cf. debates *in*, *e.g.*, ONU, docs. A/6799, pars. 236-300; e A/6230, pars. 522-566.

161 ONU, doc. A/6165, par. 64; e, sobre tratados desiguais, cf. também ONU, doc. A/6547, par. 74.

concluídos sob o antigo regime"[162]. Um delegado observou que o *status* de neutralidade permanente de seu país "não o impedia de cumprir de boa-fé suas obrigações como membro das Nações Unidas", porque estava convencido de que "aquele *status* especial, que tinha sido devidamente notificado, seria levado em conta pelo Conselho de Segurança e todos os Estados-membros das Nações Unidas"[163]. A propósito, o princípio em debate já estava consagrado no artigo 2º(2) da Carta da ONU.

A forma relativamente sucinta que o Comitê de Redação deu ao princípio (em 1967) mereceu algumas críticas dos integrantes do Comitê Especial. Um deles estranhou que o texto abordasse "questões complexas e delicadas" como, *e.g.*, as relações entre a Carta da ONU e o direito dos tratados, entre a Carta da ONU e o direito internacional costumeiro, e entre o direito dos tratados e o direito internacional consuetudinário, que "não tinham sido exploradas adequadamente de um ponto de vista teórico ou prático"[164].

Alguns representantes lamentaram que o Comitê de Redação do Comitê Especial não reconhecera expressamente, na formulação do princípio, a supremacia das obrigações legais internacionais sobre as derivadas do direito interno; tal supremacia já houvera inclusive sido afirmada pela Comissão de Direito Internacional da ONU no artigo 13 do projeto de Declaração dos Direitos e Deveres dos Estados, de 1949[165]. Mas o 7º princípio consagrado

---

162 ONU, doc. A/6955, par. 77. Entretanto, advertiu-se que tais considerações não se aplicavam a todo e qualquer tratado desigual, uma vez que certos tratados desiguais pareciam "justificados, tais como um tratado pelo qual um país, sem nenhum *quid pro quo*, concedia acesso permanente ao mar a outro país sem litoral marítimo"; *ibid.*, par. 77.

163 *Ibid.*, par. 78.

164 *Ibid.*, par. 74.

165 E cf. também A.G. res. 375 (IV) de 1949. Retrucou, no entanto, um representante que a ideia já estava incorporada ou implícita no texto da formulação do princípio; *ibid.*, par. 79.

na Declaração de 1970, no entanto, tem o cuidado de dispor *inter alia* que quando obrigações derivadas de acordos internacionais conflitarem com as obrigações de membros da ONU de acordo com a Carta da ONU, estas últimas prevalecerão[166].

2.5. Considerações finais

A Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados (1970) tomada como um todo é mais exaustiva do que tentativas anteriores de sistematização da matéria, mais adequada aos requisitos e necessidades da época, e representa um progresso definitivo quando comparada com o projeto de Declaração dos Direitos e Deveres dos Estados preparado pela Comissão de Direito Internacional em 1949[167]. A Declaração trata a Carta da ONU como "fonte" formal do direito internacional contemporâneo, levando em conta a prática internacional desde sua adoção[168].

A Declaração de 1970, composta de um preâmbulo, dos sete princípios e de uma parte geral, ressalta nesta última que os princípios consagrados se encontram inter-relacionados e constituem "princípios básicos do direito internacional". A Declaração, adotada por unanimidade na 25ª sessão comemorativa da Assembleia Geral logo após a última sessão do Comitê Especial (Genebra, 1970), apesar de suas imperfeições e insuficiências pode, quando pouco, auxiliar a detectar a *opinio juris* da chamada "sociedade internacional" contemporânea sobre a matéria abordada.

Na sessão de Genebra de 1967 do Comitê Especial, um dos representantes julgou oportuno objetar, com a observação contendo

166 Texto *in:* U.N. General Assembly, *Resolutions Adopted on the Report of the Sixth Committee*, 25th session, 1970, p. 124 (A.G. res. 2625 (XXV) de 1970).

167 E. Ustor, *op. cit. supra* N. 136, p. 238-239.

168 M. Sahovic, *op. cit. supra* N. 7, p. 290 e 292.

ponto de conhecimento geral, de que de acordo com o artigo 13(1)(a) da Carta da ONU a Assembleia Geral não poderia adotar, através de suas resoluções, regras obrigatórias de direito internacional, mas tão somente recomendações[169]. Jamais se cogitou, no entanto, de erigir a Declaração em instrumento tecnicamente obrigatório. O fato de que todo ano, de 1964 a 1970, a Assembleia Geral reafirmava, quase que unanimemente, suas decisões anteriores relativas ao prosseguimento dos trabalhos do Comitê Especial, sem virtualmente modificação alguma nos procedimentos e métodos adotados[170], "era prova" – retrucou prontamente outro representante – "de que a Assembleia Geral demonstrara seu entendimento dos limites de sua própria competência e seus poderes na questão do desenvolvimento ou criação do direito internacional", de acordo com o disposto no artigo 13(1) da Carta da ONU[171].

No que tange aos métodos de trabalho do Comitê Especial, cabe ressaltar o papel importantíssimo desempenhado pela técnica do *consenso*. Não fora esta modalidade de processo decisório adotada e fielmente seguida pelo Comitê Especial, perguntamo-nos se teria sido possível a obtenção de um acordo geral[172] das delegações participantes, já em 1966, quanto à formulação dos dois princípios da solução pacífica de controvérsias e da igualdade soberana dos Estados[173], e, três ou quatro anos depois, quanto à formulação dos dois princípios mais debatidos e controvertidos dentre os sete confiados ao Comitê, quais sejam, o da proibição de ameaça ou

169 ONU, doc. A/6955, par. 30.

170 Excetuada a ampliação da composição do Comitê Especial e de seu Comitê de Redação (cf. *supra*).

171 ONU, doc. A/6955, par. 30.

172 Sujeito a pequenas modificações e melhoras subsequentes.

173 ONU, docs. A/6955, par. 22; e A/6547, par. 28.

uso da força e o da igualdade de direitos e autodeterminação dos povos[174].

Já na primeira sessão do Comitê Especial (1964), sugeriu-se que “o consenso era o método natural de trabalho sobre princípios do direito internacional”, que “conduziria à formulação de textos que, aceitáveis à maioria esmagadora de membros das Nações Unidas, poderiam desse modo tornar-se evidência da prática dos Estados e assim uma fonte do direito internacional”[175]. Para alguns representantes, como se pretendia elaborar uma “interpretação autêntica da Carta” pelos Estados partes, era “indispensável que se procedesse por consenso, que seria aliás um incentivo à negociação e ao acordo. Para os que viam no objetivo dos trabalhos tão somente uma recomendação da Assembleia Geral como muitas outras, “embora não pudesse a Assembleia por si própria criar o direito internacional geral, suas recomendações poderiam, não obstante, se virtualmente unânimes, constituir prova tão cogente da prática dos Estados de modo a fornecer evidência substancial das regras do direito costumeiro”; para os que assim pensavam, o método do consenso consistiria em proceder sem votação sempre que não se registrasse discordância (e não por unanimidade estrita) – do que se depreenderia que a votação não estava necessariamente excluída em todas as circunstâncias[176].

Ainda no tocante ao processo decisório, advertiu um membro do Comitê Especial, em 1967, como que em antecipação ao que efetivamente iria ocorrer três anos depois, que somente se a Declaração de Princípios fosse em última análise adotada pela Assembleia Geral com a aprovação unânime ou quase unânime dos

174 ONU, doc. A/7831, pars. 7 e 12. Considerado o volume dos debates, pode-se a estes acrescentar o princípio da não intervenção.

175 ONU, doc. A/6165, pars. 21 e 68.

176 ONU, doc. A/6547, par. 31.

membros da ONU é que "se poderia dizer que ela expressava uma convicção jurídica universal e poderia ser assim considerada uma fonte do direito [internacional] de acordo com o artigo 38(1) (c) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça"[177].

Para que o método do consenso fosse utilizado com sucesso de modo a atingir o objetivo visado (o que ocorreu na prática), era fundamental – na advertência de alguns delegados – que fosse ele adequadamente seguido, e se necessário substituído em certas circunstâncias pela votação, de modo a impedir a possibilidade de seu abuso pela persecução exagerada de interesses nacionais e a formação de uma regra de unanimidade e um virtual direito de veto, em contraste com as regras processuais adotadas pela Assembleia Geral[178].

Os trabalhos do Comitê Especial, conforme registram seus documentos classificados, basearam-se em "propostas que refletiam principalmente os pontos de vista dos próprios Estados sobre os aspectos dos princípios em que estavam particularmente interessados"[179]. Se, por um lado, o texto final da Declaração de 1970 possa por isso ter parecido a alguns talvez excessivamente orientado à "preservação e proteção da soberania estatal"[180], por outro lado é precisamente por ter fielmente refletido as teses avançadas pelos Estados participantes que a Declaração de 1970 pode hoje ser de grande utilidade para a identificação da *opinio juris* [atual] e uma reavaliação das "fontes" do direito internacional contemporâneo já no início da década de oitenta, e desde então, até a atualidade.

177 ONU, doc. A/6955, par. 109.

178 ONU, doc. A/6165, pars. 21 e 68. Um representante chegou mesmo a objetar em 1967 que "a maior parte das atuais regras de direito internacional originaram-se tão somente na prática de alguns Estados e mesmo para a ação da Carta das Nações Unidas utilizou-se o procedimento de votação por maioria qualificada"; ONU, doc. A/6955, par. 108.

179 ONU, doc. A/6955, par. 112.

180 Cf., nesse sentido, R. Rosenstock, *op. cit. supra* N. 4, p. 735.

Não surpreendentemente, o impacto da Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados prontamente se fez sentir inclusive no decorrer da década de setenta. Alguns exemplos concretos podem ser invocados. Assim, no caso do *Sahara Ocidental* (1975), *e.g.*, a Declaração de 1970 foi citada tanto na decisão da Corte Internacional de Justiça quanto no decorrer do processo do caso. A ausência das relações das organizações internacionais dentre as categorias de "fontes" do direito internacional consagradas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça não impediu esta mesma Corte de, no parecer de 16 de outubro de 1975 no caso do *Sahara Ocidental*, citar a resolução 2625 (XXV) da Assembleia Geral contendo a Declaração de Princípios de 1970, para afirmar o direito de autodeterminação dos povos (consignado em um dos princípios da Declaração), reiterando a necessidade básica de se levarem em conta os desejos do povo em questão[181].

Pouco tempo após, aos 4 de julho de 1976, personalidades "progressistas" e representantes de movimentos de libertação nacional assinavam em Argel, em sua capacidade individual, a Declaração Universal dos Direitos dos Povos, proclamando *inter alia* a autodeterminação já como direito e não apenas princípio. As seis primeiras seções do documento enumeram certos direitos, e uma sétima seção as garantias e sanções[182]; o documento, como um todo, contém dispositivos derivando particularmente dos dois significativos princípios da igualdade soberana dos Estados e da igualdade de direitos e autodeterminação dos povos (nos domínios político, econômico, social e cultural), cuja redação foi

181 Caso do *Sahara Ocidental*. *ICJ Reports*, 1975, p. 33, par. 58.

182 Cf. Denis Touret. La Déclaration universelle des droits des peupless. *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, v. 55, 1977, p. 288-298.

reconhecidamente influenciada pelo conteúdo da Declaração de Princípios de 1970[183].

Registre-se ainda que, nos debates da Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Humanitário (Genebra, 4 sessões, 1974-1977), conducentes à adoção dos Protocolos Adicionais I e II às Convenções de Genebra de 1949 de Direito Humanitário[184], fizeram-se referências à Declaração de Princípios de 1970; a Declaração foi lembrada particularmente em relação ao direito de autodeterminação dos povos em conexão com os debates acerca do *status* dos movimentos de libertação nacional no direito internacional contemporâneo[185]. Assim, por exemplo, durante os debates da Conferência Diplomática, o delegado egípcio ponderou que a autodeterminação dos povos estava hoje "reconhecida e consagrada em dois instrumentos jurídicos da maior significação e que desfrutam da mais ampla aceitação, a saber, a Carta das Nações Unidas e a interpretação autêntica de seus princípios jurídicos fundamentais pela Assembleia Geral na Declaração sobre as Relações Amistosas" de 1970[186].

A Declaração de 1970 já passava então a ser extensivamente debatida, também a nível de doutrina, no contexto do direito dos Estados de disporem livremente de seus recursos naturais[187].

---

183 *Ibid.*, p. 293 e 296-297.

184 Cf. Conférence Diplomatique sur la Réaffirmation et le Développement du Droit International Humanitaire applicable dans les conflits armés – Résumé des travaux de la quatrième session. *Revue internationale de la Croix Roupe*, n. 703, julho de 1977, p. 381-418.

185 Cf. Georges Abi-Saab. Wars of National Liberation and the Development of Humanitarian Law. In: *Declarations on Principles, A Quest for Universal Peace – Liber Amicorum Discipulorumque B.V.A. Röling*. Leyden: Sijthoff, 1977, p. 145-146, 148, 150, 155-158, 164 e 167.

186 *Cit. in* G. Abi-Saab, *op. cit. supra* N. 185, p. 153-154. Tal visão da Declaração de 1970 como uma "interpretação autêntica" da Carta da ONU conta com o apoio do autor; Cf. *ibid.*, p. 156.

187 Cf., *e.g.*, A. J. Lleonart y Amselem. *Derecho de los Estados a Disponer Libremente de sus Recursos Naturales*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas/Instituto Francisco de Vitória, 1976, p. 225, 328-346 e 412-413. Sobre o tema, cf.: S. M. Schwebel. The Story of the U.N.'s Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources. *American Bar Association Journal*, v. 49, 1963,

Particularmente o princípio da igualdade soberana dos Estados, constante da Declaração de 1970, submetia-se a reavaliação sistemática à luz de desenvolvimentos recentes no direito internacional contemporâneo. Anteriormente, já ao início da década de sessenta, ressaltava-se o impacto geral das organizações internacionais no princípio da igualdade dos Estados[188]. Em trabalho publicado em 1970, C. A. Colliard detinha-se nas transformações do princípio da igualdade dos Estados no seio dos organismos internacionais, e na configuração paralela das especificidades – econômicas, geográficas, técnicas – dos Estados refletidas em sua linha de ação nas organizações internacionais e na conclusão de convenções internacionais[189]. Nos anos subsequentes passou-se a desenvolver o ponto com referência à Declaração de Princípios de 1970[190].

Em perspicaz estudo editado em 1974, Eric David, partindo da premissa de que a igualdade jurídica e a igualdade econômica não pertencem necessariamente a categorias distintas do pensamento, de certo modo relacionou o princípio da igualdade dos Estados com os da não intervenção e da proibição do uso da

p. 463-469; K. N. Gess. Permanent Sovereignty over Natural Resources. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 13, 1964, p. 398-449; Emiko Atimomo. Natural Resources and the United Nations. *Journal of World Trade Law*, v. 10, 1976, p. 280-289; P. J. I. M. de Waart. Permanent Sovereignty over Natural Resources as a Cornerstone for International Economic Rights and Duties. *Netherlands International Law Review*, v. 24, 1977, p. 304-322.

188 B. Boutros-Ghali. Le principe d'égalité des États et les organisations internationales. *RCADI*, v. 100, 1960, p. 11 e 14-15; Bengt Broms. *The Doctrine of Equality of States as Applied in International Organizations* (Doctoral Dissertation), Faculdade de Direito/Universidade de Helsinki, 1959, p. 63-340. As desigualdades factuais entre os Estados refletem-se no seio das organizações internacionais não apenas no que tange à atuação dos órgãos políticos (cf., *e.g.*, J. Castañeda, *op. cit. supra* N. 15, p. 38-48), mas também dos órgãos judiciais: cf. K. Wolfke. The Privileged Position of the Great Powers in the International Court of Justice. *Die Friedens Warte*, v. 56, (1961-1966), p. 156-167.

189 C. A. Colliard. Egalité ou spécificité des États dans le droit international public actuel. In: *Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Louis Trotabas*. Paris : LGDJ, 1970, p. 529-558.

190 Cf., *e.g.*, F. A. M. Riad. Equality among Nations. *Revue egyptienne de droit international*, v. 31, 1975, p. 157-178 e cf. p. 177 (ref. à Declaração de 1970).

força[191]. Paralelamente ao princípio da igualdade jurídica, persistia a realidade das desigualdades econômicas entre os Estados, e era claro que a soberania de um Estado pode ver-se ameaçada não apenas quanto a seu elemento territorial, mas também quanto aos demais elementos (população, governo próprio), em razão, *e.g.*, da atuação de poderosos grupos econômicos estrangeiros[192] (modalidades distintas de intervenção econômica). Subsistia, no entanto, a dificuldade de que os trabalhos preparatórios da Declaração de Princípios de 1970 (*supra*) não lograram obter um consenso acerca de uma definição do que precisamente poderia constituir intervenção econômica[193].

A esse respeito, a formulação do princípio da não intervenção mostra-se mais elucidativa do que a do princípio da proibição do uso ou ameaça da força (cf. também *infra*). Tampouco a Definição da Agressão, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1974, fornece uma resposta inteiramente satisfatória à questão. No entanto, considerando-se que desde a década de vinte, no seio da Liga das Nações, se vinha discutindo a questão da definição da agressão nas relações internacionais, é fator certamente positivo a simples obtenção de consenso, finalmente em 1974, acerca dos termos da definição[194].

Em seu estudo dos trabalhos preparatórios da Definição da Agressão de 1974, Bengt Broms repetidas vezes indicou a influência marcante exercida pela Declaração de Princípios de 1970

191 Cf. Eric David. Quelques réflexions sur l'égalité économique dos États. *Revue belge de droit internacional*, v. 10, 1974, p. 399-424.

192 *Ibid.*, p. 404-416.

193 Cf. *ibid.*, p. 423; e cf. também p. 417-418 e 407 N. 21.

194 Sobre os argumentos favoráveis e contrários à definição da agressão, em diversos debates desde 1923, cf. S. M. Schwebel. Aggression, Intervention and Self-Defence in Modern International Law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 136, 1972, p. 419-488.

na redação da Definição[195], a ponto de conter esta duas referências expressas à Declaração de Princípios de 1970: a primeira, no oitavo parágrafo do preâmbulo da Definição, reafirmando os dispositivos da Declaração de Princípios de 1970 de acordo com a Carta da ONU, e a segunda, no artigo 7º da Definição, reafirmando em particular o direito de autodeterminação dos povos previsto na Declaração de 1970[196].

A Definição da Agressão, composta de preâmbulo e oito artigos, fruto de prolongadas negociações visando a obtenção de um consenso mínimo sobre matéria tão delicada, não faz referência alguma à intervenção econômica, limitando-se a um conceito restrito de agressão pelo uso da "força armada" em violação da soberania do Estado territorial (artigo 1º). No entanto, a definição adotada e a enumeração dos atos de agressão (artigo 3º) não são exaustivos, conforme adverte o próprio artigo 4º, que atribui ao Conselho de Segurança a faculdade de determinar quaisquer outros atos que porventura possam constituir agressão conforme os dispositivos da Carta da ONU[197].

É interessante observar que a Definição baseia-se no chamado Direito das Nações Unidas, compreendendo não apenas a Carta mas igualmente a *prática* da ONU, a exemplo da questão da autodeterminação regulada pelo artigo 7º. Importante regra é a do não reconhecimento de situações geradas pela agressão, enunciada no artigo 5º que, ao ligar a questão à responsabilidade internacional, pode ser visto como um verdadeiro "estatuto internacional da

195 B. Broms. The Definition of Aggression. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 154, 1977, p. 330, 339-340, 357, 359-361, 367 e 392.

196 Cf. texto *in* ONU, doc. A/9890, de 6 de dezembro de 1974, p. 4 e 7, respectivamente.

197 Texto *in ibid.*, p. 6. Cf. também artigo 2º (*ibid.*, p. 5), sobre a função do Conselho de Segurança – Para os comentários finais dos membros do Comitê Especial encarregado da questão da definição da agressão, cf. ONU, *documento* A/9619 – suppl. n. 19, *Report of the Special Committee on the Question of Defining Aggression*, U.N./N.Y., 1974, p. 1-42.

agressão"[198]. Já naquela época, no entanto, a questão da definição da agressão ainda não parecia estar resolvida de modo definitivo e inteiramente satisfatório.

Muito embora a Definição de 1974 tenha se referido expressamente apenas à "força armada", o Comitê Especial que se ocupou da questão examinou cuidadosamente também outras modalidades de agressão (*e.g.*, econômica, ideológica), incluindo uma proposta do Afeganistão para incorporá-las no texto da Definição, e, o que é ainda mais importante, nada impede o Conselho de Segurança de determinar, se necessário, outras formas de agressão – como a intervenção econômica – como atos constituindo ameaça à paz ou ruptura da paz de acordo com a Carta da ONU (artigo 39)[199]. A despeito da evasão da Definição da Agressão de 1974 sobre este ponto, existia na época, conforme demonstrado em tese sobre a matéria, considerável prática dos Estados "contemplando respostas a situações que poderiam razoavelmente ser caracterizadas como agressão econômica"[200].

A posição da Declaração de Princípios de 1970 sobre a matéria, conforme já visto, não é em sua totalidade conclusiva. Optaram as delegações participantes por uma redação abstrata do princípio da

---

198 M. K. Yasseen. "Réflexions sur la définition de l'aggression: l'oeuvre de l'Assemblée Générale». Conferência ministrada na 11ª sessão do Seminário de Direito Internacional, da Comissão de Direito Internacional da ONU, Genebra, 29 de maio de 1975 (não publicada). Cf. também comentários de J. Zourek. Enfin une définition de l'agression. *Annuaire français de droit international*, v. 20, 1974, p. 9-30. Sobre o conceito de agressão nos principais tratados de segurança coletiva a partir de 1945, cf. V. Blanco Gaspar. *La Agresión Internacional: Intentos de Definición.* Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1973, p. 25-31.

199 Nesse sentido, B. Broms, *op. cit. supra* N. 195, p. 386-387; Ch.R. Oleszycki, *op. cit. infra* N. 200, p. 20; e cf. também p. 17, 19, 21-22, 43 e 51.

200 Ch. R. Oleszycki. *Economic Agression and Self-Defense* (International Law Diploma Thesis), Cambridge, Universidade de Cambridge, 1975, p. 25-30 (circulação interna, não publicada). Dentre os diversos exemplos citados encontra-se a proposta da delegação brasileira na Conferência de San Francisco (1945) de emenda do artigo 2º (4) da Carta da ONU para estender a proibição da ameaça ou uso da força a "medidas econômicas"; proposta esta que não logrou êxito e a que se opôs a delegação dos Estados Unidos (cf. *ibid.*, p. 29). Cf. também *ibid.*, p. 59-67, para as sugestões do autor para uma possível definição da agressão *econômica*, e exemplos.

proibição do uso ou ameaça da força de modo a superar o impasse entre as interpretações restritiva e ampla do termo "força". Foi, porém, o tratamento do princípio da não intervenção nos assuntos internos dos Estados que veio a dissipar dúvidas a respeito, ao condenar peremptoriamente a intervenção em todas as suas formas, seja política, econômica ou cultural (cf. *supra*).

Em relação especificamente à proibição da agressão, tem ela Estado, não surpreendentemente, sempre sob a atenção constante das Nações Unidas[201]. Mas têm sido os desenvolvimentos recentes no Direito Penal Internacional contemporâneo, a partir de meados da década de noventa, que vieram a determinar e consagrar a proibição da agressão (como um crime), gradualmente no plano da construção jurisprudencial[202], e, mais recentemente, e de modo expresso, também no plano normativo (Conferência de Kampala de junho de 2010, que adotou emendas [sobre o crime de agressão] ao Estatuto de Roma de 1998 do Tribunal Penal Internacional).

Voltando à referida Declaração de Princípios, há que reconhecer que sua simples adoção em 1970 já constituiu crédito considerável a ser atribuído aos membros do Comitê Especial encarregado de sua elaboração, não apenas por terem logrado desempenhar com êxito o seu mandato em época difícil (*e.g.*, os conflitos no Vietnã e no Oriente Médio), como também por terem superado a dificuldade de incorporar, em um mesmo documento, princípios que, se não mais *de lege ferenda*, cristalizaram-se na prática de então das Nações Unidas (*e.g.*, o da autodeterminação dos povos), junta-

201 Cf. ONU. *Examen Histórico de la Evolución en Materia de Agresión*. N.Y.: ONU, 2003, p. 1-305; Y. Dinstein. *War, Aggression and Self-Defence*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 106-284; A. Belaunde Moreyra. *Comentarios a la Defınción de la Agresión*. Lima: Fund. Academia Diplomática del Perú, 2003, p. 7-151; O. Solera. *Defining the Crime of Aggression*. London: Cameron May Ed., 2007, p. 9-506.

202 Cf., *e.g.*, [Vários Autores] M. Politi e G. Nesi (eds.). *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*. Aldershot/Hants: Ed. Ashgate, 2005, p. 3-188; L. May. *Aggression and Crimes against Peace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 141-204.

mente com princípios *lex lata*, já há muito incorporados ao *corpus* do direito internacional contemporâneo[203] (*e.g.*, o do dever de não intervenção)[204].

Outro ponto digno de registro, no relato de um dos participantes dos trabalhos preparatórios da Declaração de 1970, é o fato de que "a escolha dos princípios sofreu sobretudo a influência do debate político e teórico concernente à relação entre a noção jurídica da coexistência pacífica[205] e os princípios fundamentais do direito internacional assim como da atividade dos Estados-membros partidários da política de coexistência pacífica e de suas declara-

203 Cf. a esse respeito, P. H. Houben, *op. cit. supra* N. 58, p. 733 e 731.

204 É sabido que as Conferências Interamericanas contribuíram decisivamente para a cristalização de certos princípios prevalecentes nas relações interamericanas, (cf. *Conferencias Internacionales Americanas*, v. I e II (Suplementos). Washington: Dotación Carnegie para La Paz Internacional, 1943 e 1956 respectivamente), como os da não intervenção e da igualdade entre nacionais e estrangeiros (em matéria de direitos civis), a doutrina Drago, a doutrina Stimson sobre não reconhecimento da aquisição de territórios pela força. O princípio do dever de não intervenção, debatido nas Conferências de Havana (1928), Montevidéu (1933) e Buenos Aires (1936), consagrou-se enfim no artigo 15 da Carta da OEA, 1948 (artigo 18 das reformas de Buenos Aires de 1967), e na resolução 2131 (XX) de 1965, da Assembleia Geral da ONU. Sobre o princípio da não intervenção no sistema interamericano, cf., *e.g.*, C. Sepúlveda. *Las Fuentes del Derecho Internacional Americano*. México: Ed. Porrúa, 1975, p. 77--84 e 95-103; C. Sepúlveda. The Reform of the Charter of the Organization of American States. *RCADI*, v. 137, 1972, p. 96-98 e 102-108; cf. também os trabalhos de I. Fabela, e A. V. W. Thomas e A. J. Thomas, *cit. supra* N. 105. E, quanto à resolução 2131 (XX) de 1956, cf., *e.g.*, N. Ouchakov. *op. cit. supra* N. 118, p. 65-80. Já a doutrina Drago (de proibição do uso da força na cobrança de dívidas contratuais de um Estado), formulada no início do século XX (cf., para um estudo, S. Pérez Triana (ed.). *La Doctrina Drago*. London: Wertheimer, Lea & Cia., 1908, p. 3-181; A. N. Vivot. *La Doctrina Drago*. Buenos Aires: Edit. De Coni Hermanos, 1911, p. 5-367), contribuiu ela decisivamente para a consagração do princípio da proibição geral do uso da força nas relações internacionais do artigo 2(4) da Carta da ONU (C. Sepúlveda, "Las Fuentes...", *op. cit. supra*, p. 81). Posteriormente, em parecer de janeiro de 1962 (data de publicação) sobre a "Contribuição do Continente Americano aos Princípios do Direito Internacional que Regem a Responsabilidade do Estado", a Comissão Jurídica Interamericana da OEA, *inter alia*, recapitulou todos os esforços dos Estados do continente para a cristalização do princípio da não intervenção, através das Conferências Interamericanas, protocolos dispositivos de tratados e declarações; o documento considerou o princípio da não intervenção como o mais fundamental do sistema interamericano, por ser hoje "contratualmente obrigatório para 21 Repúblicas americanas"; OEA, doc. OEA/Ser. I/VI. 2 – CIJ, cap. IV, p. 9-12.

205 Cf., sobre o tema, *e.g.*, G. I. Tunkin. Co-existence and International Law. *RCADI*, v. 95, 1958, p. 5-78; L. Focsanéanu. Les 'cinq principes' de la coexistence et le droit international. *Annuaire français de droit international*, v. 2, 1956, p. 150-180.

ções"[206]. O mesmo autor destacou ainda, como lições dos trabalhos conducentes à Declaração de 1970, "a busca do consenso e a participação direta dos Estados-membros em todas as etapas do estudo dos princípios e da redação do texto da Declaração" – exemplo este a ser seguido no futuro – e o papel importante que em atividade do gênero podia exercer a VI Comissão da Assembleia Geral da ONU[207].

Já há muito se verificou entre os autores uma preocupação com o estudo dos chamados "princípios" do direito internacional[208] e da função que podem tais princípios exercer no desenvolvimento da disciplina em questão. No que diz respeito à teoria das "fontes" do direito internacional, tais princípios exercem naturalmente uma influência considerável no reconhecimento e consagração definitivos de certas normas jurídicas, em particular quando previstas anteriormente em tratados ou quando já dotadas de certo valor consuetudinário[209].

206 M. Sahovic, *op. cit. supra* N. 7, p. 287, e cf. também p. 288.

207 *Ibid.*, p. 284.

208 Cf., já na década de vinte, T. J. Lawrence. *Les principes de droit international*. 5ª ed. (trad. J. Dumas e A. de LaPradelle). Oxford: Oxford University Press, 1920, p. 99-120; e cf., posteriormente, *e.g.*, Ian Brownlie. *Principles of Public International Law*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1973, p. 1-32 e 280-290.

209 Cf. comentários a respeito de M. Virally. Le rôle des principes dans le développement du droit international. In: *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*. Genève: Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, 1968, p. 550 e 552.

CAPÍTULO 3
FUNDAMENTOS DO DIREITO INTERNACIONAL: O PAPEL E A IMPORTÂNCIA DOS SEUS PRINCÍPIOS BÁSICOS

Sumário: I. Introdução. II. A posição e o papel dos princípios gerais do direito. III. Os princípios fundamentais como *substratum* do próprio ordenamento jurídico. IV. O reconhecimento dos princípios gerais do direito pelo Estatuto da Corte da Haia (CPJI e CIJ). 1. Princípios gerais do direito e a busca da justiça. 2. Princípios do direito internacional como pilares do sistema jurídico internacional. V. Observações finais. 1. A validade sustentada dos princípios do direito internacional. 2. A projeção no tempo do princípio em evolução da autodeterminação dos povos. 3. Os princípios do direito internacional, a busca da justiça e a universalidade do direito internacional.

3.1. Introdução

Não se pode estudar o direito internacional fazendo abstração dos seus fundamentos; de outro modo ele estaria reduzido a um instrumental de estabelecimento da ordem internacional. O direito

internacional vai muito além disso, na busca da humanidade pela realização da justiça, em ambos os níveis, nacional e internacional. Tampouco se pode estudar os fundamentos do direito internacional fazendo abstração dos seus princípios básicos, que constituem o *substratum* do próprio ordenamento jurídico. São, de fato, os princípios do direito internacional que, permeando o *corpus juris* da disciplina, a tornam um verdadeiro *sistema* normativo. Sem esses princípios, as normas e regras do direito internacional não teriam evoluído, por sua implementação, em um sistema jurídico[1]. Esses princípios inspiram o *jus gentium* em evolução, no qual as considerações básicas de humanidade têm um papel importante a exercer[2].

Esses princípios são uma manifestação da consciência jurídica internacional, refletem o *status conscientiae* dos sujeitos do direito internacional[3]. Embora esses princípios (como os enumerados no artigo 2º da Carta da ONU) possam ser abertos a interpretações distintas[4], dada sua generalidade, retêm eles sua importância para a correta aplicação das normas e regras, e para orientar a evolução de todo o sistema jurídico[5], de modo a que este último possa se reajustar às novas circunstâncias da vida internacional, responder

1 P. G. Vallindas. General Principles of Law and the Hierarchy of the Sources of International Law. In: *Grundprobleme für internationalen Rechts – Festschrift für Jean Spiropoulos*. Bonn: Schimmelbusch & Co., 1957, p. 426 e 430-431.

2 Cf. A. A. Cançado Trindade. *International Law for Humankind – Towards a New Jus Gentium*. 2ª ed. rev. Leiden/The Hague: Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013, caps. XVI a XXIII, p. 393-528.

3 A. Verdross. Les principes généraux de Droit dans le système des sources du Droit international public. In: *Recueil d'études de Droit international en hommage à Paul Guggenheim*. Genève: IUHEI, 1968, p. 525.

4 Cf., *e.g.*, G. Tunkin. General Principles of Law in International Law. In: R. Marcic *et alii* (eds.). *Internationale Festschrift für A. Verdross*. München/Salzburg: W. Fink Verlag, 1971, p. 525-532.

5 M. Virally. Le rôle des "príncipes" dans le développement du Droit international. In: *Recueil d'études de Droit international en hommage à P. Guggenheim*. Genève: IUHEI, 1968, p. 543, 546-547 e 553-554.

às necessidades em mudança da comunidade internacional, e contribuir à satisfação das aspirações da humanidade.

3.2. A posição e o papel dos princípios gerais do direito

Todo sistema jurídico tem princípios fundamentais, que inspiram, informam e conformam suas normas. São os princípios (derivados etimologicamente do latim *principium*) que, evocando as causas primeiras, fontes ou origens das normas e regras, conferem a elas e ao sistema jurídico como um todo, coesão, coerência e legitimidade. São os princípios gerais do direito (*prima principia*) que conferem ao ordenamento jurídico (tanto nacional quanto internacional) sua inelutável dimensão axiológica; são eles que revelam os valores que inspiram todo o ordenamento jurídico e que, em última instância, fornecem seus próprios fundamentos[6]. Esse é o modo como concebemos a presença e posição dos princípios em qualquer ordenamento jurídico, e o seu papel no universo conceitual do Direito.

Os princípios gerais do direito ingressaram na cultura jurídica, com raízes históricas que remontam, *e.g.*, ao direito romano, e vieram a integrar a própria concepção do Estado democrático sob o primado do direito, com a influência sobretudo do pensamento iluminista (*pensée illuministe*). Apesar da aparente indiferença com que foram tratados pelo positivismo jurídico (sempre procurando demonstrar um "reconhecimento" de tais princípios na ordem jurídica positiva), e apesar da menor atenção a eles dispensada pela doutrina jurídica reducionista dos nossos dias, jamais será possível prescindir dos princípios. Dos *prima principia* emanam as normas e regras, que neles encontram seu significado. Os princípios encontram-se assim presentes nas origens do próprio Direito,

6 Cf., nesse sentido, Corte Interamericana de Direitos Humanos [CtIADH], parecer consultivo n. 18, sobre *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*, de 17/9/2003, voto concordante do juiz A. A. Cançado Trindade, pars. 44-58.

e revelam os fins legítimos a serem buscados: o bem comum (de todos os seres humanos, e não apenas de uma coletividade abstrata), a realização da justiça (a níveis nacional e internacional), o necessário primado do direito sobre a força, a preservação da paz. Ao contrário daqueles que tentam – a nosso ver em vão – minimizá-los, entendemos que, se não houver princípios, tampouco haverá verdadeiramente um sistema jurídico.

A identificação dos princípios básicos tem acompanhado *pari passu* o surgimento e a consolidação de todos os domínios do Direito, e de todos os seus ramos (constitucional, civil, processual civil, penal, processual penal, administrativo, e assim por diante). Isso também ocorreu com o Direito Internacional Público (cf. *infra*), com o Direito Internacional dos Direitos Humanos[7], com o Direito Internacional Humanitário[8], com o Direito Internacional dos Refugiados[9], com o Direito Penal Internacional[10]. Por mais circunscrito ou especializado que um regime jurídico possa ser, seus princípios básicos podem ser encontrados, como, *e.g.*, no

7 Princípios da dignidade da pessoa humana, da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, e da inalienabilidade dos direitos humanos, e de humanidade.

8 Princípios de humanidade, de proporcionalidade, de distinção (entre combatentes e a população civil), princípio segundo o qual a escolha de métodos ou meios de combate não é ilimitada.

9 Princípios de *non-refoulement*, e de humanidade. Como se vê, o princípio de humanidade, permeia todas as vertentes de proteção dos direitos da pessoa humana (DIDH, DIH e DIR); cf., nesse sentido, A. A. Cançado Trindade. Some Reflections on the Principle of Humanity in Its Wide Dimension. In: R. Kolb e G. Gaggioli (eds.). *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law.* Cheltenham: E. Elgar, 2013, p. 188-197; e cf., sobre sua dimensão histórica, A. A. Cançado Trindade e V.F.D. Cançado Trindade. A Pré-História do Princípio de Humanidade Consagrado no Direito das Gentes: O Legado Perene do Pensamento Estóico. In: A. A. Cançado Trindade e C. Barros Leal (eds.). *Princípio de Humanidade e a Salvaguarda da Pessoa Humana*. Fortaleza: IBDH/IIDH, 2016, p. 49-84.

10 Princípios de legalidade (*nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*), de responsabilidade penal individual, de presunção de inocência, de não retroatividade, de um juízo justo (*fair trial*).

Direito Ambiental Internacional[11], no Direito do Mar[12], no Direito do Espaço Exterior[13], dentre outros[14]. A própria Organização Internacional do Trabalho (OIT), *e.g.*, tem buscado identificar os princípios e direitos fundamentais no trabalho, por meio de uma Declaração adotada em junho de 1998.

Alguns dos princípios básicos são próprios de certas áreas do Direito, outros permeiam todas as áreas. O *corpus* das normas jurídicas (nacionais e internacionais) funciona movido pelos princípios, alguns deles regendo as próprias relações entre os seres humanos e o poder público[15]. Os princípios iluminam o caminho da legalidade assim como da legitimidade. Daí a reafirmação ou restauração constante, consoante o pensamento jusnaturalista em evolução, de um padrão de justiça, anunciado pelos princípios gerais do direito, mediante os quais o direito positivo passou a ser avaliado. Ao sustentar que a *opinio juris* encontra-se acima da "vontade" do Estado, F. Castberg ponderou corretamente que

> *as experiências de nossa própria época, com suas crueldades repulsivas e a injustiça sob a cobertura do direito positivo, têm de fato confirmado a convicção de*

11 *E.g.*, princípios de precaução ou devida diligência, de prevenção, de responsibilidade comum, mas diferenciada, de equidade intergeneracional, princípio *polluter-pay*. Sobre o princípio da precaução, cf., recentemente, A. A. Cançado Trindade. Principle 15 – Precaution. In: J. E. Viñuales (ed.). *The Rio Declaration on Environment and Development – A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 403-428.

12 *E.g.*, princípios do patrimônio comum da humanidade (fundos oceânicos), dos usos pacíficos do mar, da igualdade de direitos (no alto mar), da solução pacífica de controvérsias, da liberdade de navegação e de passagem inocente, de equidistância e de circunstâncias especiais (delimitação de espaços marítimos).

13 *E.g.*, princípios de não apropriação, de usos e fins pacíficos, de repartição de benefícios na exploração espacial.

14 *E.g.*, no regime jurídico aplicável a estrangeiros, princípios da unidade da família, e de proibição da extradição sempre que esta última apresentar riscos de violações dos direitos humanos.

15 Como os princípios da justiça natural, do primado do direito (*rule of law*), dos direitos da defesa, do direito ao juiz natural, da independência da justiça, da igualdade de todos perante a lei, da separação de poderes, entre outros.

> *que algo – mesmo que sejam apenas algumas normas fundamentais – deve ser objetivamente válido. Pode isto consistir em princípios que parecem ser válidos para toda comunidade humana em qualquer época [...]. O direito pode e deveria, por si mesmo, avançar na direção de [...] um nível mais elevado de humanidade*[16].

Esse ressurgimento perene do enfoque do direito natural[17] tem contribuído muito à afirmação e consolidação do primado, na ordem dos valores, das obrigações atinentes aos direitos humanos, *vis-à-vis* a comunidade internacional como um todo[18]. Os princípios gerais do direito têm contribuído à formação de sistemas normativos de proteção da pessoa humana. Um verdadeiro sistema jurídico deve operar com base em seus princípios fundamentais[19]. O recurso a tais princípios, dotados de validade continuada, tem ocorrido, no plano substantivo, como resposta às novas necessidades de proteção do ser humano.

No caso, *e.g.*, dos *conflitos armados na América Central* – que eclodiram no fim dos anos setenta e se agravaram na região no início dos anos oitenta, gerando centenas de milhares de refugiados e pessoas deslocadas – uma das maiores preocupações do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) foi estabelecer os fundamentos de ação ao prestar proteção e assistência aos delas necessitados, com base nos princípios e critérios que deveriam guiar sua ação. Em duas ocasiões o ACNUR

16 F. Castberg. Natural Law and Human Rights. *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal*, v. 1, 1968, p. 37, e cf. p. 21-22.

17 Cf., *e.g.*, L. Le Fur. La théorie du droit naturel depuis le XVIIe siècle et la doctrine moderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye [RCADI]*, v. 18, 1927, p. 297-399; A. Truyol y Serra. Théorie du Droit international public – Cours general. *RCADI*, v. 183, 1981, p. 142-143; A. Truyol y Serra. *Fundamentos de Derecho Internacional Público*. 4ª ed. rev. Madrid: Tecnos, 1977, p. 69 e 105.

18 J. A. Carrillo Salcedo. Derechos Humanos y Derecho Internacional. *Isegoría – Revista de Filosofía Moral y Política* – Madrid, v. 22, 2000, p. 75.

19 G. Abi-Saab. Cours général de Droit international public. *RCADI*, v. 207, 1987, p. 378.

se concentrou no exame de tais princípios e critérios para guiar a aplicação das normas e regras do Direito Internacional dos Refugiados no referido caso dos *conflitos armados na América Central*.

Em um documento adotado em 1989 resultante de consultas de um grupo de peritos[20], fez-se referência aos princípios contidos na Declaração de Cartagena sobre os Refugiados (de 1984)[21], complementados pela prática dos Estados afetados e das organizações internacionais. Meia década depois, em um novo documento, adotado em 1994, e também resultante de consultas de outro grupo de peritos[22], procedeu-se a uma avaliação da aplicação desses princípios. Em ambos os documentos, o ACNUR realçou a importância fundamental do princípio da não devolução (*non-refoulement*), pedra angular da proteção dos refugiados, aplicável independentemente de qualquer determinação formal da condição de refugiado por parte de um Estado ou uma organização internacional, e amplamente considerado como pertencente ao domínio do *jus cogens*[23]. A busca perene dos princípios orientadores e do cuidado e atenção à necessidade de torná-los efetivos por seu cumprimento, e com as normas e regras que deles decorrentes, são reveladoras da crença em sua validade continuada.

No Direito Internacional Humanitário, *e.g.*, as Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos de 1977, essencialmente orientados às vítimas, são inspirados sobretudo pelo princípio

20 Formado por H. Gros Espiell, S. Picado e L. Valladares Lanza.

21 Reafirmados na Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas (de 1994); cf. *Diez Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados* (Memoria del Coloquio Internacional, San José de Costa Rica, 1994), San José de Costa Rica, ACNUR/IIDH, 1995, p. 11-470.

22 Formado por A. A. Cançado Trindade, R. Galindo-Pohl e C. Sepúlveda.

23 ACNUR. *I. Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina / II. Evaluación de la Puesta en Práctica de las Disposiciones de Dicho Documento*. San José de Costa Rica, ACNUR, 1994, p. 2 e 7-9 (doc. I), e p. 5-8 (doc. II).

fundamental da humanidade, que conclama ao respeito da pessoa humana em quaisquer circunstâncias e em todos os momentos. Como bem assinalado por J. Pictet, os princípios gerais nesse domínio permeiam todo o *corpus juris* do Direito Internacional Humanitário, o que revela um "caractère impératif (*jus cogens*) et non dispositif"[24]; esses princípios são, em última análise, identificados com os próprios fundamentos do Direito Internacional Humanitário. Tem-se a esse respeito argumentado persuasivamente[25] que, ao invés de tentar identificar disposições das Convenções de Genebra de 1949, ou dos Protocolos Adicionais de 1977, que pudessem ser consideradas como expressando princípios gerais, deve-se considerar o conjunto dessas Convenções e outros tratados de direito humanitário como sendo a expressão – e o desenvolvimento – desses princípios gerais, aplicáveis em quaisquer circunstâncias, de modo a assegurar uma proteção mais eficaz dos vitimados[26].

3.3. Os princípios fundamentais como *substratum* do próprio ordenamento jurídico

Os princípios gerais do direito têm assim inspirado não apenas a interpretação e aplicação das normas jurídicas, mas também seu próprio processo de elaboração. Eles refletem a *opinio juris*, que, por sua vez, encontra-se na base da formação do Direito[27].

24 J. Pictet. *Développement et principes du Droit international humanitaire*. Genève/Paris: Inst. H.-Dunant/Pédone, 1983, p. 104-105, e cf. p. 8, 53, 68-69 e 73-74.

25 Com base em *obiter dicta* da Corte Internacional de Justiça [CIJ] no caso *Nicarágua versus Estados Unidos* (1986).

26 R. Abi-Saab. Les "principes généraux" du Droit humanitaire selon la Cour Internationale de Justice. *Revue internationale de la Croix-Rouge*, v. 766, 1987, p. 386 e 389.

27 Sobre o amplo âmbito da *opinio juris* na formação do direito international contemporâneo, cf. A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind*..., *op. cit. supra* N. 2, caps. V-VI, p. 113-161; A. A. Cançado Trindade. Foundations of International Law: The Role and Importance of its Basic Principles. In: *XXX Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* – OEA, 2003, p. 359-415.

Tais princípios marcam presença em ambos os níveis, nacional e internacional. Há princípios fundamentais do direito que se identificam com os próprios fundamentos do sistema jurídico, revelando os valores e fins últimos do ordenamento jurídico internacional, guiando-o, protegendo-o contra as incongruências da prática dos Estados, e satisfazendo as necessidades da comunidade internacional[28]. Esses princípios, como expressão de uma "ideia de justiça" objetiva, têm um alcance universal, exigindo a observância de todos os Estados, e assegurando – como lucidamente assinalado por A. Favre em 1968 – a unidade do direito, a partir da ideia de justiça, em benefício de toda a humanidade[29]. É evidente que estes princípios de direito não dependem da "vontade", tampouco do "acordo" ou do "consentimento" dos sujeitos de direito; os direitos fundamentais da pessoa humana são o "fundamento necessário de todo ordenamento jurídico"[30].

Como veementemente proclamado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em um raro momento de lucidez: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade". A salvaguarda e prevalência do princípio do respeito à dignidade da pessoa humana se identificam com o próprio fim do Direito, do ordenamento jurídico, tanto nacional quanto internacional. Em virtude desse princípio fundamental, toda pessoa deve ser respeitada pelo simples fato de pertencer ao gênero humano, independentemente

28 G. Cohen-Jonathan. Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. In: Mélanges en hommage à L.E. Pettiti. Bruxelles: Bruylant, 1998, p. 192-193; M. Koskenniemi. General Principles: Reflexions on Constructivist Thinking in International Law. In: M. Koskenniemi (ed.). *Sources of International Law*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 2000, p. 360-365, 377, 381, 387, 390 e 395-398.

29 A. Favre. Les principes généraux du droit, fonds commun du Droit des gens. In: *Recueil d'études de Droit international en hommage à P. Guggenheim*. Genève: IUHEI, 1968, p. 374-376; e cf. p. 369 e 379.

30 *Ibid.*, p. 376-380, 383, 386 e 389-390.

de sua condição, de seu estatuto de cidadania ou de seu *status* migratório[31], ou qualquer outra circunstância[32]. O princípio da inalienabilidade dos direitos inerentes à pessoa humana, por sua vez, se identifica com uma premissa básica da construção de todo o *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Se, por acaso, quaisquer dúvidas forem levantadas quanto à extensão da aplicação dos princípios fundamentais que permeiam todo o ordenamento jurídico internacional, é a função do jurista esclarecer tais dúvidas e não as perpetuar, de modo que o Direito possa realizar sua função fundamental de prover justiça[33]. Certamente as normas são as juridicamente vinculantes, mas quando elas se afastam dos princípios, sua aplicação leva a violações de direitos individuais e a graves injustiças (*e.g.*, discriminação *de jure*), e se incorre então em distorções, e em violações graves do próprio ordenamento jurídico.

Na realidade, quando se reconhecem os princípios fundamentais que conformam o *substratum* do próprio ordenamento jurídico, adentramo-nos no domínio do *jus cogens*, o direito

31 E não poderia ser de outro modo, pois os direitos humanos são universais e inerentes a todos os seres humanos, ao passo que os direitos de cidadania variam de país a país e abarcam apenas aqueles que o direito positivo do Estado considera cidadãos. Em seu memorável Parecer Consultivo n. 18 sobre sobre *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados* (de 17/9/2003), a CtIADH se referiu expressamente aos princípios da dignidade da pessoa humana e da inalienabilidade dos direitos a ela inerentes (par. 157). Ademais, em sua *jurisprudence constante*, a CtIADH, ao interpretar e aplicar a Convenção Americana, tem também recorrido sempre aos princípios gerais do direito; cf., *e.g.*, CtIADH , caso dos *Cinco Pensionistas versus Peru* (Sentença de 28/2/2003), par. 156; e cf. também CtIADH , Parecer Consultivo n. 17, sobre *A Condição Jurídica e os Direitos Humanos da Criança* (de 28/8/2002), pars. 66 e 87; CtIADH , Parecer Consultivo n. 16, sobre *O Direito à Information sobre a Assistência Consular no Âmbita das Garantias do Devido Processo Legal* (de 1º/10/1999), pars. 58, 113 e 128. Entre estes princípios, os dotados de um caráter verdadeiramente fundamental, aqui referidos, formam na verdade o *substratum* do próprio ordenamento jurídico, revelando o *direito ao Direito* do qual são *titulares* todos os seres humanos; A. A. Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. III. Porto Alegre: S.A. Fabris Ed., 2003, p. 524-525.

32 B. Maurer. *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Paris: CERIC/Univ. d'Aix-Marseille, 1999, p. 18.

33 M. Chemillier-Gendreau. Principe d'égalité et libertés fondamentales en droit international. In: E. Yakpo e T. Boumedra (eds.). *Liber Amicorum Judge M. Bedjaoui*. The Hague: Kluwer, 1999, p. 659-669.

peremptório[34]; tais princípios são indispensáveis (o *jus necessarium*), são anteriores e superiores à vontade; eles expressam a ideia de uma "justiça objetiva" (própria do direito natural), e são consubstanciais ao próprio ordenamento jurídico internacional[35]. Já em 1935, em suas palestras na Academia de Direito Internacional da Haia, A. Verdross invocou o "princípio geral do *jus cogens*"[36]. Ao rejeitar a concepção voluntarista do direito internacional, sustentou que

> *il faut reconnaître que l'idée du droit ne peut entrer dans la vie humaine que par l'intermédiaire d'une conscience humaine qui la formule [...]. Le droit des gens ne peut avoir d'autre base que tout droit, à savoir, l'idée du droit et les principes qui en découlent.*[37]

Esses princípios são "reconhecidos pela consciência jurídica", e é à luz destes princípios que "tout le droit des gens doit être interprété et appliqué"[38].

3.4. O reconhecimento dos princípios gerais do direito pelo Estatuto da Corte da Haia (CPJI e CIJ)

3.4.1. Princípios gerais do direito e a busca da justiça

No decorrer da elaboração do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), em junho-julho de 1920, a Comissão Consultiva de Juristas encarregada dessa tarefa, através dos debates memoráveis relativos às "fontes" do direito

34 Cf. A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind*..., *op. cit. supra* N. 2, cap. XII, p. 291-326.

35 R. Kolb. *Théorie du jus cogens international*. Paris: PUF, 2001, p. 98, 104-105 e 110-112.

36 E se referiu, a esse respeito, ao voto arrazoado do juiz Schücking no caso *Oscar Chinn* (1934) diante da Corte Permanente de Justiça Internacional [CPJI]; cf. A. Verdross. Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale. *RCADI*, v. 52, 1935, p. 206 e 243.

37 A. Verdross, "Les principes généraux du droit...", *op. cit. supra* N. 36, p. 202-203, e cf. p. 222.

38 *Ibid.*, p. 224 e 227; acrescentou que há que se guiar por tal "idée fondamentale du droit" (*ibid.*, p. 235).

internacional (artigo 38 do Estatuto), lidou com o papel dos princípios em qualquer sistema jurídico (a níveis tanto nacional como internacional). Desde o início, E. Root argumentou que a Comissão deveria se limitar às "regras contidas nas convenções e no direito internacional positivo"; caso contrário, os Estados, a seu ver, não aceitariam o projeto de estatuto[39].

Opondo-se a essa visão, M. Loder observou que havia regras reconhecidas que não eram, ainda, "da natureza do direito positivo", mas que eram respeitadas em todo o mundo, e era o dever da Corte (CPJI) desenvolver o direito, de "amadurecer [...] princípios universalmente reconhecidos", de modo a "cristalizá-los em regras positivas"[40]. O presidente da Comissão, barão Descamps, ponderou que o direito das nações era formado não apenas por reconhecidas, "mas também pelas demandas da consciência pública"; e, em relação à afirmação de E. Root de que "os princípios de justiça variavam de país para país", o barão Descamps respondeu significativamente que isto

> *poderia ser parcialmente verdadeiro em relação a certas regras de importância secundária. Mas deixa de ser verdadeiro quando se trata do direito fundamental de justiça e injustiça profundamente gravado no coração de cada ser humano e ao qual é dada a sua maior expressão de autoridade na consciência jurídica das nações civilizadas*[41].

Na visão de Descamps, esse era o direito que não poderia ser minimizado pelos juízes, a quem "cabia considerar se os ditames

39 PCIJ/Advisory Committee of Jurists. *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee (16 June/24 July 1920) with Annexes*. The Hague: Van Langenhuysen Brothers, 1920, p. 294.

40 *Ibid.*, p. 294. E. Root replicou que o mundo ainda não estava preparado para aceitar a jurisdição obrigatória de uma Corte que aplicaria "universally recognized rules" e "principles, differently understood in different countries"; *ibid.*, p. 308-309.

41 *Ibid.*, p. 310-311.

de sua consciência" estavam de acordo com a concepção prevalente de justiça. Para ele, os juízes deveriam proferir suas decisões em conformidade com os ditames da "consciência jurídica das nações civilizadas"[42]. Para Lord Philimore, por sua vez, os princípios gerais do direito (mencionados no projeto proposto) eram aqueles "que foram aceitos por todas as nações *in foro domestico*"[43].

Buscando uma conciliação entre as distintas visões expressadas, por um lado, pelo barão Descamps, e, por outro lado, por E. Root, Raul Fernandes argumentou que, se os juízes se limitassem a aplicar apenas tratados e o direito internacional positivo (como sugerido por E. Root), em muitos casos a "possibilidade de administrar a justiça" nas relações jurídicas entre Estados seria prejudicada; não raro os juízes considerariam necessário recorrer aos princípios gerais orientadores, porque "os princípios sempre se baseiam na justiça, enquanto o direito estrito muitas vezes dela se afasta"[44].

Nos assuntos internacionais, acrescentou R. Fernandes, quando "falta legislação" e o direito consuetudinário é de formação lenta, "a necessidade prática de reconhecimento da aplicação de tais princípios é muito maior"; em todo caso – concluiu – a Corte (CPJI) não poderia nem deveria se tornar uma secretaria de "atos dos fortes contra os fracos"[45]. Ao final do trabalho da Comissão, os princípios gerais do direito foram reconhecidos como integrantes das "fontes" formais do direito internacional enumeradas no artigo 38 do Estatuto da Corte da Haia (CPJI, e, posteriormente, CIJ).

Nesse entendimento, foram eles entendidos como sendo, basicamente, os encontrados *in foro domestico*, i.e., nos sistemas

42 *Ibid.*, p. 311 e 318-319.

43 *Ibid.*, p. 335.

44 *Ibid.*, p. 345-346.

45 *Ibid.*, p. 346.

jurídicos nacionais[46]. Paralelamente a estes, o próprio sistema jurídico internacional evoluiu à luz de certos princípios fundamentais, distintos do sentido geral atribuído aos princípios gerais do direito (*supra*), apesar de alguns desses últimos terem sido transpostos também ao direito processual internacional. Ao admitir canais de comunicação entre os dois tipos de princípios, os princípios do direito internacional podem ser apropriadamente abordados de forma distinta, não apenas estritamente como apenas uma das "fontes" formais do direito internacional, mas, além disso, como pertencente ao *substratum* de todas as normas jurídicas internacionais, e, consequentemente, aos próprios fundamentos do sistema jurídico internacional.

3.4.2. Princípios do direito internacional como pilares do sistema jurídico internacional

Não obstante tenha se dedicado muito mais atenção aos princípios do direito internacional há meio século do que em nossos dias, esses princípios retêm sua maior importância, já que informam e conformam as normas jurídicas de qualquer sistema jurídico. Sucessivas obras de doutrina se dedicaram particularmente ao estudo dos princípios do direito internacional, já na primeira metade do século XX[47], no âmbito dos fundamentos

46 *E.g.*, *bona fides*, *res judicata*, igualdade perante a lei, presunção de inocência, proibição de abuso de direitos, entre outros.

47 Um *exposé de motifs* de uma declaração of princípios do direito internacional, publicado nas vésperas da eclosão da Segunda Guerra Mundial, conclamou à reconstrução do direito internacional tendo em mente não apenas o direito positivo, mas também os *princípios*, que orientaram as normas e regras jurídicas, e que, na visão de Alejandro Álvarez, prevaleceram em todo o direito internacional, e se afiguraram como "manifestações da consciência jurídica dos povos"; A. Álvarez. *Exposé de motifs et Déclaration des grands principes du Droit international moderne*. 2ª ed. Paris: Éds. Internationales, 1938, p. 8-9 e 16-23, e cf. p. 27 e 51. E cf., em geral, *e.g.*, L. Rodrigues Pereyra. *Princípios de Direito Internacional*, v. I e II. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos Ed., 1902 e 1903; C. Bevilaqua. *Direito Público Internacional (A Synthese dos Princípios e a Contribuição do Brasil)*. Rio de Janeiro: Livr. Fr. Alves, 1911; T. J. Lawrence. *Les principes de droit international*. 5ª ed (transl. J. Dumas and A. de La Pradelle). Oxford: University Press, 1920, p. 99-120; P. Derevitzky. *Les principes du Droit international*. Paris: Pédone, 1932; Ch. Rousseau. *Principes généraux du Droit international public*, v. I. Paris: Pédone, 1944; Bin Cheng.

da disciplina e da consideração da validade de suas normas. Nos anos cinquenta[48] e sessenta[49], ministraram-se alguns cursos na Academia de Direito Internacional da Haia que abordaram o tema dos princípios do direito internacional, que foi retomado em monografias nas décadas de sessenta[50] e setenta[51]. Posteriormente, com exceção de algumas obras[52], pareceu haver ocorrido, de modo um tanto surpreendente, um declínio no interesse pelo estudo da matéria, paralelamente à disseminação de uma abordagem aparentemente – e lamentavelmente – pragmática do estudo do direito internacional.

Embora a preocupação com a necessidade de considerar os princípios do direito internacional pareça ter declinado no

General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals. London: Stevens, 1953; G. Scelle. *Précis de droit des gens – principes et systématique*. Paris: Rec. Sirey, 1934. E cf., ainda antes da primeira metade do século XX, já na segunda metade do século XIX, Andrés Bello. *Principios de Derecho Internacional*. 3ª ed. rev. Paris: Libr. de Garnier Hermanos, 1873, p. 11-323.

48 Cf. H. Rolin. Les principes de droit international public. *RCADI*, v. 77, 1950, p. 309-479; G. Schwarzenberger. The Fundamental Principles of International Law. *RCADI*, v. 87, 1955, p. 195-385; P. Guggenheim. Les principes de droit international public. *RCADI*, v. 80, 1952, p. 5-189; Ch. Rousseau. Principes de droit international public. *RCADI*, v. 93, 1958, p. 369-549; G. Fitzmaurice. The General Principles of International Law, Considered from the Standpoint of the Rule of Law. *RCADI*, v. 92, 1957, p. 1-223.

49 Cf. M. Sorensen. Principes de droit international public. *RCADI*, v. 101, 1960, p. 1-251; P. Reuter. Principes de droit international public. *RCADI*, v. 103, 1961, p. 429-656; R. Y. Jennings. General Course on Principles of International Law. *RCADI*, v. 121, 1967, p. 327-600.

50 Cf. M. Miele. *Principi di Diritto Internazionale*. 2ª ed. Padova: Cedam, 1960; L. Delbez. *Les principes généraux du contentieux international*. Paris: LGDJ, 1962; L. Delbez. *Les principes généraux du Droit international public*. 3ª ed. Paris: LGDJ, 1964; H. Kelsen. *Principles of International Law*. 2ª ed. N.Y.: Holt Rinehart & Winston, 1966; W. Friedmann. The Uses of "General Principles" in the Development of International Law. *American Journal of International Law*, v. 57, 1963, p. 279-299; M. Virally. Le rôle des "príncipes" dans le développement du droit international. In: *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*. Genève: IUHEI, 1968, p. 531-554; M. Bartos. Transformations des principes généraux en règles positives du droit international. In: *Mélanges offerts à Juraj Andrassy*. La Haye: Nijhoff, 1968, p. 1-12.

51 Cf., *e.g.*, B. Vitanyi. La signification de la "généralité" des principes de droit. *Revue générale de Droit international public*, v. 80, 1976, p. 536-545.

52 Cf., *e.g.*, I. Brownlie. *Principles of Public International Law*. 6ª ed. Oxford: Clarendon Press, 2003; A. A. Cançado Trindade. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. 1ª ed. Brasília: Edit. Univ. de Brasília, 1981.

último quarto de século, estes princípios têm, no entanto, sempre marcado sua presença na doutrina do direito internacional, inclusive a contemporânea.[53] Os princípios do direito internacional permeiam todo o sistema jurídico internacional, exercendo um importante papel na legiferação assim como na aplicação do direito internacional[54]. Em alguns casos, *e.g.*, por exemplo, no Direito do Espaço Exterior, abriram caminho para a construção de um novo *corpus juris*, em um novo domínio do direito internacional que requeria regulamentação, e os princípios originalmente proclamados têm retido plenamente o seu valor até o presente[55].

Os princípios de direito internacional são princípios orientadores de conteúdo geral, e nisso se diferenciam das normas ou regras do direito internacional positivo, e as transcendem. Como pilares básicos do sistema jurídico internacional (assim como de qualquer sistema jurídico), tais princípios dão expressão à *idée de droit*, e, além disso, à *idée de justice*, refletindo a consciência da humanidade[56]. Independentemente de suas diferentes abordagens, esses princípios encontram-se inelutavelmente em nível superior às normas ou regras de direito internacional positivo. Tais normas e regras são vinculantes, mas são os princípios que as orientam[57].

53 Cf., *e.g.*, *inter alia*, H. Thierry. L'évolution du Droit international – Cours général de Droit international public. *RCADI*, v. 222, 1990, p. 123-185; G. Abi-Saab. "Cours général de Droit international public", *op. cit. supra* N. 18, p. 328-416.

54 G. Herczegh. *General Principles of Law and the International Legal Order*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1969, p. 90, 122 e 126.

55 Cf. M. Lachs. Le vingt-cinquième anniversaire du traité régissant les principes du droit de l'espace extra-atmosphérique, 1967-1992. *Revue française de droit aérien et spatial*, v. 184, n. 4, 1992, p. 365-373, esp. p. 370 e 372.

56 G. M. Danilenko. *Law-Making in the International Community*. Dordrecht: Nijhoff, 1993, p. 7, 17 175 e 186-187; e cf. p. 215; A. A. Cançado Trindade. La *Recta Ratio* dans les Fondements du *Jus Gentium* comme Droit International de l'Humanité. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 58, 2011, p. 91-121; e cf. A. A. Cançado Trindade. El Desarraigo como Problema Humanitario y de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Universal. *Lecciones y Ensayos* – Universidad de Buenos Aires, v. 78, 2003, p. 71-116.

57 Bin Cheng, *General Principles of Law...*, *op. cit. supra* N. 47, p. 393.

Sem estes últimos, as regras ou técnicas não serviriam quaisquer propósitos. Isso seria inteiramente indefensável.

3.5. Observações finais

À luz das considerações desenvolvidas no presente capítulo, pode-se concluir que os princípios do direito internacional iluminam a interpretação e aplicação do direito internacional como um todo, integrando o seu próprio *substratum*, e identificando-se com os próprios fundamentos do sistema jurídico internacional. Eles permeiam todo o sistema jurídico. Sua validade continuada é inconteste. Os princípios de direito internacional são essenciais para a busca da justiça pela humanidade, e de importância fundamental aos esforços de construção de um direito internacional verdadeiramente universal.

3.5.1. A validade sustentada dos princípios do direito internacional

Como proclamados na Carta das Nações Unidas em 1945, e reafirmados na Declaração da ONU sobre Relações Amistosas de 1970, os princípios do direito internacional retêm sua plena validade em nossos dias. Uma violação de uma norma ou regra de direito internacional não significa que tal norma ou regra tenha deixado de existir; significa que o direito internacional foi violado, comprometendo a responsabilidade internacional dos violadores. Isso está fadado a ocorrer em qualquer domínio do direito. Uma violação de uma norma ou regra de direito internacional não afeta a validade de seu *corpus juris* e de seus princípios orientadores. Há um recurso constante a tais princípios, dando testemunho de sua validade continuada.

Dada a importância capital destes princípios, não surpreendentemente encontraram eles expressão na Carta da ONU,

adotada em 1945. Um quarto de século depois, a Declaração de Princípios de 1970 (capítulo II, *supra*) foi concebida para ser uma resolução legiferante destes princípios básicos, de modo a servir como parâmetro para o comportamento de todos os Estados. Mesmo não sendo exaustiva no seu conteúdo, a Declaração de Princípios da ONU provou ser, nos anos seguintes, uma fonte para outras iniciativas do tipo, como a declaração de princípios consagrada no Ato Final de Helsinque de 1975, que lançou as bases para a subsequente criação do processo da [então] CSCE (Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa)[58]. Uma das cláusulas finais da Declaração de 1970 afirmou, ainda, que cada um dos princípios nela contidos deve ser interpretado e aplicado no contexto dos demais, dado que são inter-relacionados.

Enquanto os tradicionais princípios gerais do direito (encontrados *in foro domestico*) revelam um conteúdo marcadamente processual, os princípios gerais do direito internacional – tais como os proclamados na Declaração de 1970 – revelam ao invés disso um conteúdo substantivo (de modo a orientar a conduta do Estado)[59], próprio dos próprios fundamentos do direito internacional. Tais princípios gerais do direito internacional (como enunciados na Declaração de Princípios de 1970), são, assim, dotados de importância universal para a própria comunidade internacional[60].

A interrelação entre tais princípios é evidente, *e.g.*, com relação ao princípio da proibição do uso ou ameaça da força e o princípio da solução pacífica de controvérsias internacionais. O mesmo pode

58 I. Sinclair. The Significance of the Friendly Relations Declaration. In: V. Lowe; C. Warbrick (eds.). *The United Nations and the Principles of International Law – Essays in Memory of M. Akehurst.* London/N.Y.: Routledge, 1994, p. 5-10 e 26-29.

59 Cf. debates sobre The Role of General Principles of Law and General Assembly Resolutions. In: A. Cassese; J. H. H. Weiler (eds.). *Change and Stability in International Law-Making.* Berlin: W. de Gruyter, 1988, p. 47-48 (intervenções de J. H. H. Weiler e E. Jiménez de Aréchaga).

60 Cf. *ibid.*, p. 54-55 (intervenção de A. Cassese).

ser dito quanto ao princípio do dever de cooperação internacional, em relação ao princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais. Este último é geralmente considerado como provendo o fundamento da ordem jurídica internacional, no sentido em que afirma a necessidade básica de cumprimento das obrigações internacionais (*pacta sunt servanda*), emanadas do direito internacional convencional assim como consuetudinário[61].

O princípio do *pacta sunt servanda*, consagrado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (artigo 26 e preâmbulo), dá expressão concreta a normas também do direito internacional consuetudinário. O princípio do *pacta sunt servanda* – convalidado pelo princípio da boa-fé (*bona fides*)[62] –, transcende efetivamente o direito dos tratados[63], sendo caracterizado pela doutrina como norma do direito consuetudinário[64] ou como princípio geral do direito internacional[65].

Sua inserção na mencionada Convenção de Viena foi dotada de um caráter claramente axiomático: o princípio veio a constar de uma convenção de codificação, que afirmou de forma incontroversa seu amplo escopo. Mas, bem antes mesmo de seu referido reconhecimen-

61 G. White. The Principle of Good Faith. In: V. Lowe; C. Warbrick (eds.). *The United Nations and the Principles of International Law – Essays in Memory of M. Akehurst*. London/N.Y.: Routledge, 1994, p. 231 e 236.

62 M. Lachs. Some Thoughts on the Role of Good Faith in International Law. In: *Declarations on Principles, a Quest for Universal Peace – Liber Amicorum Discipulorumque B.V.A. Röling*. Leyden: Sijthoff, 1977, p. 47-55; M.K. Yasseen. L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités. *RCADI*, v. 151, 1976, p. 20; Clive Parry. Derecho de los Tratados. In: M. Sorensen (ed.). *Manual de Derecho Internacional Público*. 5ª reimpr. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 229 e 200-201.

63 O direito dos tratados, como o direito da responsabilidade internacional dos Estados, encontra-se intimamente ligados aos próprios fundamentos do direto internacional. P. Reuter. *Introduction au droit des traités*. 2ª ed. Paris : PUF, 1985, p. 32.

64 *E.g.*, B. Conforti. *Derecho Internacional*. Buenos Aires: Zavalía Ed., 1995, p. 67; e cf. H. Mosler. The International Society as a Legal Community. *RCADI*, v. 140, 1974, p. 115-116; R. R. Baxter. Treaties and Custom. *RCADI*, v. 129, 1970, p. 31, 43, 57 e 102-103.

65 Ian Brownlie. *Principles of Public International Law*. 5ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 620.

to na Convenção de Viena de 1969[66], o princípio do *pacta sunt servanda* efetivamente já se mostrava, como já indicado, mais do que uma regra geral de interpretação dos tratados, como um preceito de direito internacional consuetudinário ou um verdadeiro princípio geral do direito internacional, dotado de amplo reconhecimento jurisprudencial[67]. O alcance do princípio do *pacta sunt servanda*, assim como a questão última da validade das normas de direito internacional, transcendem o âmbito específico do direito dos tratados[68]; o princípio do *pacta sunt servanda* encontra-se, de todo modo, profundamente enraizado no sistema jurídico internacional como um todo.

A boa fé, por sua vez, é inerente a qualquer ordenamento jurídico, guiando o comportamento dos sujeitos de direito. Quatro anos após a adoção da Declaração de Princípios do Direito Internacional de 1970, a CIJ, no caso dos *Testes Nucleares* (1974), sublinhou o caráter fundamental do princípio da boa-fé, ao ponderar que "um dos princípios básicos regendo a criação e o cumprimento das obrigações jurídicas, qualquer que seja sua a fonte, é o princípio da boa-fé"[69]. O princípio da boa-fé tem uma posição central no direito internacional e em todos os sistemas jurídicos, dotando-os de uma base ética, e certamente situando-se acima do direito positivo; é meta-jurídico, e constitui "o ponto de partida de uma moralização progressiva do direito internacional"[70].

66 Cf. Lord McNair. *The Law of Treaties*. Oxford: Clarendon Press, 1961, p. 493 e 505; e, para a evolução histórica e doctrinária do princípio *pacta sunt servanda*, cf., *e.g.*, M. Sibert. The Rule *Pacta Sunt Servanda*: From the Middle Ages to the Beginning of Modern Times. *Indian Yearboook of International Affairs*, v. 5, 1956, p. 219-226; J. B. Whitton. La règle *pacta sunt servanda*. *RCADI*, v. 49, 1934, p. 151-268.

67 E. de la Guardia; M. Delpech. *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena*. Buenos Aires: La Ley, 1970, p. 276.

68 Cf. J. L. Brierly. *The Basis of Obligation in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1958, p. 65; J. L. Brierly. *The Law of Nations*. 6ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1963, p. 54.

69 CIJ, caso dos *Testes Nucleares* (Austrália *versus* França). *ICJ Reports*, 1974, p. 268, par. 46.

70 E. Zoller. *La bonne foi en droit international public*. Paris: Pédone, 1977, p. 354 e 339-340, e cf. p. 12-13, 346 e 352.

O princípio do dever de cooperação internacional ganhou terreno nas últimas décadas, se levarmos em conta, *e.g.*, a relevância da cooperação internacional em várias áreas, como, *e.g.*, nas operações de manutenção e construção da paz dentro do âmbito do direito das Nações Unidas[71]. A cooperação internacional intensificada tem contribuído para os desenvolvimentos impressionantes nas últimas décadas em determinados domínios do direito internacional, como, *e.g.*, a proteção internacional dos direitos humanos e do meio ambiente humano. O princípio do dever de cooperação internacional encontra-se efetivamente relacionado ao da *bona fides*: pode-se, de fato, encontrar apoio expresso na jurisprudência internacional ao princípio do dever de cooperação internacional[72]. Os princípios de direito internacional constituem conjuntamente os pilares do próprio sistema jurídico internacional.

Como a cláusula de jurisdição interna (artigo 2º(7)) da Carta da ONU tinha em mente as relações entre a Organização e os Estados-membros e não se dirigia expressamente à intervenção nas relações interestatais, deveu-se muito à Declaração de Princípios de 1970 ter formulado o princípio da não intervenção de um Estado ou grupo de Estados nos assuntos internos ou externos de outro Estado[73]. Uma década e meia depois, a CIJ, no caso *Nicarágua versus Estados Unidos* (1986), invocando expressamente a Declaração de Princípios, afirmou que o princípio em questão

> *proíbe todos os Estados ou grupos de Estados de intervir direta ou indiretamente nos assuntos internos ou exter-*

71 Cf., *e.g.*, A. James. The Principle of Co-operation: United Nations Peacekeeping. In: V. Lowe e C. Warbrick (eds.). *The United Nations and the Principles of International Law – Essays in Memory of M. Akehurst*. London/N.Y.: Routledge, 1994, p. 160-174.

72 Cf. Ph. Cahier. Changements et continuité du Droit international – Cours général de Droit international public. *RCADI*, v. 195, 1985, p. 85-86 e 89.

73 G. Abi-Saab. Some Thoughts on the Principle of Non-Intervention. In: K. Wellens (ed.). *International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy*. The Hague: Nijhoff, 1998, p. 227-234.

> *nos de outros Estados. [...] A intervenção é ilegal quando usa métodos de coerção [...]. O elemento da coerção, que define e mesmo conforma a essência da intervenção proibida, é particularmente óbvio no caso de intervenção em que se usa a força, na forma direta de ação militar, ou na forma indireta de apoio a atividades armadas subversivas ou terroristas em outro Estado. [...] Essas formas de ação são, portanto, ilegais à luz dos princípios tanto do não uso da forma, como da não intervenção*[74].

Para a comissão especial que elaborou a Declaração de Princípios de 1970, a formulação do princípio da não intervenção expressou uma "convicção jurídica universal"; o princípio baseava-se no direito consuetudinário, e foi reafirmado em sucessivos tratados internacionais[75]. E quanto à prática judicial, pode-se recordar que, já em 1949, no caso do *Canal de Corfu*, a CIJ advertiu que a intervenção não passava de uma "manifestação de uma política de força [...] reservada aos Estados mais poderosos", que "poderia facilmente levar à perversão da própria administração da justiça internacional"[76]. Meio século depois, a Declaração do Milênio das Nações Unidas, adotada pela Assembleia Geral da ONU (resolução 55/2) em 18 de setembro de 2000, veio a afirmar que os princípios da Carta da ONU "têm se mostrado atemporais e universais" (par. 3). Meia década depois, em seu *World Summit Outcome* de 2005 (adotado em 15.09.2005), a Assembleia Geral novamente evocou os princípios da Carta da ONU, referindo-se expressamente à mencionada Declaração de Princípios de 1970 (par. 73).

74 CIJ, caso *Nicarágua versus Estados Unidos*, Sentença de 27 de junho de 1986 (mérito). *ICJ Reports*, 1986, p. 108, par. 205.

75 T. Mitrovic. Non-Intervention in the Internal Affairs of States. In: M. Sahovic (ed.). *Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation*. Belgrade/N.Y.: Institute of International Politics and Economics/Oceana, 1972, p. 221, 256-257 e 248.

76 CIJ, caso do *Canal de Corfu* (Reino Unido *versus* Albânia). Sentença de 9 de abril de 1949 (mérito). *ICJ Reports*, 1949, p. 35.

3.5.2. A projeção no tempo do princípio em evolução da autodeterminação dos povos

Os princípios do direito internacional, tais como formulados na Carta das Nações Unidas e reafirmados na Declaração de Princípios da ONU de 1970, além de reter plena validade em nossos dias (*supra*), têm tido projeções significativas no tempo, acompanhando *pari passu*, e orientando, a própria evolução do direito internacional. Isso se aplica a todos os mencionados princípios, mas uma ilustração notável destes princípios pode aqui destacado, a atinente ao *princípio da igualdade de direitos e autodeterminação dos povos*, voltado à superação da tradicional dimensão interestatal do direito internacional.

O caso do *Timor Leste* é ilustrativo da relevância do princípio da autodeterminação. Antes da independência, o Timor Leste era um território sem governo próprio, cujo *status* internacional era regido pelo direito das Nações Unidas (capítulo XI da Carta da ONU). Logo após a ocupação militar do Timor Leste pela Indonésia em 7 de dezembro de 1975 (seguida por sua anexação homologada por lei em 15 de julho de 1976), o Conselho de Segurança da ONU[77] deplorou a intervenção armada da Indonésia no Timor Leste; a Assembleia Geral[78], por sua vez, ademais de igualmente deplorar a intervenção militar da Indonésia, veio a se referir a Portugal como o "poder administrador" do Timor Leste no âmbito do direito das Nações Unidas – uma condição que Portugal haveria de manter por anos, à luz de sucessivas resoluções da Assembleia Geral sobre o *status* jurídico internacional do então Território do Timor Leste[79].

---

77 Resoluções 384 (1975), de 22/12/1975, e 389(1976), de 22/4/1976.

78 Resolução 3485 (XXX), de 12/12/1975, além de sete outras resoluções.

79 Houve oito dessas resoluções da Assembleia Geral da ONU, acrescentadas a duas outras do Conselho de Segurança.

Em suas resoluções, a Assembleia Geral da ONU destacou o direito de autodeterminação do povo do Timor Leste, no entendimento de que tal direito não havia sido exercido. Foi precisamente na condição de "poder administrador" que Portugal apresentou uma reclamação contra a Austrália perante a CIJ, por suposta violação do direito à autodeterminação do povo timorense, por ter a Austrália celebrado um tratado (conhecido como o do "Timor Gap") com a Indonésia relativo à exploração de recursos petrolíferos na plataforma continental do Timor Leste[80]. Este episódio contribuiu a situar o caso do *Timor Leste* novamente em uma posição de relevância na agenda política das Nações Unidas[81]; com a demanda de Portugal – como "poder administrador" – diante da CIJ, o caso do *Timor Leste* voltou a ganhar *momentum*[82].

Anteriormente, a afirmação do direito à autodeterminação pela Declaração da ONU sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais, de 1960[83], e pelas resoluções subsequentes da Assembleia Geral da ONU sobre a matéria, veio a contar com reconhecimento judicial, principalmente por meio dos pareceres da CIJ sobre a *Namíbia* (de 21 de junho de 1971) e sobre

80 Sobre o interesse estrangeiro aumentado nos recursos de petróleo na região (plataforma continental do Timor-Leste), cf. R. S. Clark. The "Decolonisation" of East Timor and the United Nations Norms on Self-Determination and Aggression. In: *International Law and the Question of East Timor*. London: CIIR/IPJET, 1995, p. 90-91.

81 Para um relato histórico geral do caso do *Timor-Leste*, cf., *e.g.*, J. Ramos Horta. *Funu – The Unfinished Saga of East Timor*. Trenton/New Jersey: Red Sea Press, 1987, p. 1-207; S. Inbaraj. *East Timor – Blood and Tears in ASEAN*. Chiang Mai/Thailand: Silkworm Books, 1995, p. 1-183; C. O. Quaye. *Liberation Struggles in International Law*. Philadelphia: Temple University Press, 1991, p. 177-182; A. A. Cançado Trindade. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, cap. 16, p. 723-745; L. Hannikainen. The Case of *East Timor* from the Perspective of *Jus Cogens*. In: *International Law and the Question of East Timor*. London: CIIR/IPJET, 1995, p. 108-111.

82 Cf. A. A. Cançado Trindade. Parecer: O Caso do *Timor-Leste* (1999): O Direito de Autodeterminação do Povo Timorense. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, v. 1, 2000, p. 63-83.

83 A bem conhecida Declaração (de 1960) sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Coloniais (resolução da Assembleia Geral da ONU 1514 (XV), de 14/12/1960, veio fortalecer o ***status*** internacional dos territórios sem governo próprio e dos territórios sob o sistema de tutela (par. 5) e afirmar de modo categórico o direito de autodeterminação de seus povos.

o *Saara Ocidental* (de 16 de outubro de 1975). No primeiro, a Corte da Haia ponderou, em relação ao sistema dos mandatos, que os desenvolvimentos nos últimos 50 anos – marcados pela expansão do *corpus juris gentium* no presente domínio – deixavam pouca margem para dúvida de que "o objetivo último do *sacred trust* era *a autodeterminação e independência dos povos* em questão"[84]. E, no segundo parecer, a CIJ concluiu em favor da aplicação da resolução 1514(XV) da Assembleia Geral da ONU "na descolonização do Saara Ocidental e, em particular, do princípio da autodeterminação através da *expressão livre e genuína* da vontade dos povos do Território"[85].

Na reafirmação do princípio da igualdade de direitos e autodeterminação dos povos pela Declaração de Princípios do Direito Internacional de 1970 (cf. *supra*), foi inserida uma cláusula explicando que um território sem governo próprio – sob a Carta da ONU – tem um *status* separado e distinto do território do Estado que o administra, que persiste apenas até que o povo nele vivendo exerça seu direito de autodeterminação de acordo com os princípios e propósitos da Carta da ONU[86].

Em suma, um território sem governo próprio no sentido do capítulo XI da Carta da ONU, tem um status jurídico internacional que gera obrigações de respeito ao direito de autodeterminação do povo nele vivendo, de salvaguarda dos direitos humanos dos seus habitantes, e de não exploração de seus recursos naturais[87].

84 CIJ. Parecer sobre a *Namíbia*. *ICJ Reports*, 1971, p. 31, par. 53 (ênfase acrescentada).

85 CIJ. Parecer sobre o *Sahara Ocidental*. *ICJ Reports*, 1975, p. 68, par. 162 (ênfase acrescentada).

86 A. A. Cançado Trindade. *Princípios do Direito Internacional*... 1ª ed., *op. cit. supra* N. 73, p. 61 e 72.

87 Cf., a esse respeito, *e.g.*, Ian Brownlie. The Rights of Peoples in Modern International Law. In: J. Crawford (ed.). *The Rights of Peoples*. Oxford: Clarendon Press, 1988, p. 1-16; [Vários Autores]. *Les résolutions dans la formation du droit international du développement* (Colloque de 1970). Genève: IUHEI, 1971, p. 63-67 (soberania permanente sobre os recursos naturais); A. J. Lleonart y Amselem, *op. cit. supra* N. 138, p. 15-478.

Tais obrigações são oponíveis *erga omnes*, *vis-à-vis* tanto o Estado que administra o território em questão quanto os demais Estados: são elas obrigações devidas à comunidade internacional como um todo.

Desenvolvimentos recentes no direito internacional contemporâneo revelam as dimensões tanto *externa* quanto *interna* do direito de autodeterminação dos povos: a primeira significa o direito de todos os povos de estarem livres de qualquer forma de dominação estrangeira, e a segunda se refere ao direito de todos os povos de escolher seu próprio destino e de afirmar sua própria vontade, se necessário contra o seu próprio governo. Essa distinção, endossada pela doutrina contemporânea[88], desafia o paradigma puramente interestatal do direito internacional clássico; a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos a concentrar atenção no tratamento dispensado pelo Estado a todos os seres humanos sob sua jurisdição, nas condições de vida da população, em suma, na função do Estado de promover o bem comum.

A teoria e prática do direito internacional contemporâneo efetivamente reconhecem a reivindicação dos direitos dos povos. Um instrumento internacional como a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, por exemplo, consagra não apenas direitos civis e políticos (artigos 3º-14) e direitos econômicos, sociais e culturais (artigos 15-18), mas também os direitos dos povos (artigos 19-24), com um mecanismo de implementação comum a todos (artigos 46-59 e 62). Além disso, os direitos dos

88 Cf. A. Cassese. *Self-Determination of Peoples – A Legal Reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 1-365; P. Thornberry. The Democratic or Internal Aspect of Self-Determination with Some Remarks on Federalism. In: Ch. Tomuschat (ed.). *Modern Law of Self-Determination*. Dordrecht: Nijhoff, 1993, p. 101-138; Ch. Tomuschat. Self-Determination in a Post-Colonial World. In: *ibid*., p. 1-20; A. Rosas. Internal Self-Determination. In: *ibid*., p. 225-251; J. Salmon. Internal Aspects of the Right to Self-Determination: Towards a Democratic Legitimacy Principle? In: *ibid*., p. 253-282.

povos têm contado com o reconhecimento arbitral e judicial, como, *e.g.*, no caso da *Delimitação Marítima entre Guiné e Guiné-Bissau*[89].

Ademais, no contencioso internacional, casos de iniciativa dos Estados em nome dos seus povos, de modo a protegê-los, podem ser lembrados: indicações claras nesse sentido se encontram, *e.g.*, em duas petições iniciais instituindo procedimentos perante a CIJ, a saber, a da Nova Zelândia (contra a França) no caso dos *Testes Nucleares* (1973-1974), e a de Nauru (contra a Austrália) no caso das *Terras de Fosfato* (1989-1992)[90].

Os bem conhecidos *obiter dicta* já mencionados da CIJ afirmando a aplicabilidade da autodeterminação a todos os territórios sem governo próprio (Parecer sobre a *Namíbia*, 1971) e reconhecendo o direito de autodeterminação através da "livre e genuína expressão de vontade dos povos do Território" (Parecer sobre o *Saara Ocidental*, 1975), vieram promover consolidação definitiva da justiciabilidade do direito de autodeterminação dos povos[91]. Na expressão afortunada do juiz Dillard em seu Voto Arrazoado no parecer sobre o *Saara Ocidental*, "é o povo quem deve determinar o destino do seu território, e não o território o destino do povo"[92]. Há, assim, todo um desenvolvimento

89 Neste caso, em seu laudo de 18/2/1983, o Tribunal Arbitral que decidiu o caso referiu-se às "demandas legítimas" das partes como Estados em desenvolvimento e ao direito dos povos em questão de alcançar o nível de desenvolvimento econômico e social que preserve plenamente sua dignidade; *cit. in* Ian Brownlie. *The Human Right to Development*. London: Commonwealth Secretariat (Occasional Paper Series), 1989, p. 1-2, e cf. p. 13 n. 1.

90 A. A. Cançado Trindade. *Direitos Humanos e Meio Ambiente – Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*. Porto Alegre? S.A. Fabris Ed., 1993, p. 186-187.

91 M. C. Maffei. The Case of *East Timor* before the International Court of Justice – Some Tentative Comments. *European Journal of International Law*, v. 4, 1993, p. 223-238; C. M. Chinkin. East Timor Moves into the World Court. In: *ibid.*, p. 206-222. E cf. também, em geral, J. S. Carneiro da Cunha. *A Questão do Timor-Leste: Origens e Evolução*. Brasília: IRBr-FUNAG/MRE, 2001, p. 13-240. Sobre a posição da chamada Organização das Nações e Povos Não Representados (UNPO), cf. M. C. van Walt van Praag. The Position of UNPO in the International Legal Order. In: C. Brölmann; R. Lefeber; M. Zieck (eds.). *Peoples and Minorities in International Law*. Dordrecht: Nijhoff, 1993, p. 313-325.

92 *ICJ Reports*, 1975, p. 122.

doutrinário e jurisprudencial, corroborado pela prática dos Estados e das organizações internacionais, em apoio ao direito de autodeterminação dos povos[93].

3.5.3. Os princípios do direito internacional, a busca da justiça e a universalidade do direito internacional

Por sucessivas vezes os princípios do direito internacional se revelaram de fundamental importância à humanidade na busca da justiça. Isso é claramente ilustrado pelo papel desempenhado, *inter alia*, pelo princípio da igualdade jurídica dos Estados[94]. Esse princípio fundamental – cujas raízes históricas remontam à II Conferência de Paz da Haia de 1907 – proclamado na Carta da ONU e também enunciado na Declaração de Princípios de 1970, significa, em última instância, que todos os Estados – factualmente fortes e fracos, grandes e pequenos – são iguais perante o direito internacional, tendo direito à mesma proteção sob o direito e perante órgãos da justiça internacional, e à igualdade no exercício de direitos e obrigações internacionais[95].

Apesar de tentativas sucessivas de debilitá-lo, o princípio da igualdade jurídica dos Estados tem se preservado, da II Conferência de Paz da Haia de 1907 até os nossos dias[96], como um dos pilares básicos do direito internacional. Tem ele resistido à erosão do tempo, e demonstrado ser salutar para a condução pacífica das

93 Cf., sobre a matéria, *e.g.*, United Nations, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*. U.N. doc. HRI/GEN/1/Rev.3, de 15/8/1997, p. 13 (pars. 1-2 e 6).

94 R. Fernandes. *Le principe de l'égalité juridique des États dans l'activité internationale de l'après-guerre*. Genève: Impr. A. Kundig, 1921, p. 18-19 e 21-22.

95 A. Magarasevic. The Sovereign Equality of States. In: M. Sahovic (ed.). *Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation*. Belgrade/N.Y.: Institute of International Politics and Economics/Oceana, 1972, p. 176-178, 197 e 212.

96 Cf. R. P. Anand. Sovereign Equality of States in International Law. *RCADI*, v. 197, 1986, p. 54-58, 63-66, 77-79, 91-100, 117-126, 157-159 e 189-195.

relações internacionais, sendo inelutavelmente associado – tal como se mantém – aos fundamentos do direito internacional. Tem sido muito importante para o próprio sistema jurídico internacional[97], e tem provado ser uma pedra angular do direito internacional na era das Nações Unidas.

De fato, a Carta da ONU deu a ele uma nova dimensão, e o princípio da igualdade jurídica dos Estados, por sua vez, abriu caminho e contribuiu a novos desenvolvimentos, tais como o do sistema de segurança coletiva, dentro do âmbito do direito das Nações Unidas[98]. Tem-se corretamente observado que o respeito pelo princípio da igualdade jurídica dos Estados facilita o trabalho das Nações Unidas, cuja voz representa "a voz autêntica da humanidade", que dá expressão à "consciência jurídica das nações"[99].

Por sua vez, a emergência e consolidação do princípio da igualdade de direitos e autodeterminação dos povos veio anunciar a superação em nossos dias da velha dimensão interestatal do direito internacional; a autodeterminação, em particular, toma em consideração sujeitos do direito internacional outros que os Estados, e simplesmente não poderia existir ou operar em um contexto meramente ou exclusivamente interestatal[100]. Sua projeção marcante nas últimas décadas, como já salientado, tem capacitado o discernimento das dimensões interna e externa da

97 A. Miele. *La Comunità Internazionale*. Torino: G. Giappichelli Ed., 2000, p. 8 e 24.

98 Com base no entendimento de que a preservação da paz e segurança internacionais é uma questão de preocupação internacional (*international concern*), é uma preocupação comum de todos os Estados e da comunidade internacional; C. Warbrick. The Principle of Sovereign Equality. In: V. Lowe; C. Warbrick (eds.). *The United Nations and the Principles of International Law – Essays in Memory of M. Akehurst*. London/N.Y.: Routledge, 1994, p. 210 e 213-214.

99 R. P. Anand, *op. cit. supra* N. 96, p. 125-126.

100 G. Abi-Saab. La reformulation des principes de la Charte et la transformation des structures juridiques de la communauté internationale. In: *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement – Mélanges M. Virally*. Paris: Pédone, 1991, p. 4 e 6-7.

autodeterminação (cf. *supra*), e a incorporação definitiva dos direitos dos povos ao universo conceitual do direito internacional contemporâneo.

Por fim, em nada surpreende verificar que os positivistas--voluntaristas, que têm sempre tentado minimizar o papel dos princípios gerais do direito, têm sempre se confrontado com a oposição dos que sustentam a relevância desses princípios, emanando da ideia de uma justiça objetiva[101], e guiando a de interpretação e aplicação das normas e regras jurídicas. O sistema jurídico internacional é apoiado não só pela observância, pelos Estados (outros sujeitos do direito internacional), das normas e regras internacionais, mas também – e sobretudo – por seu compromisso em preservar e promover esse sistema como um todo[102]; e são os *princípios* desse sistema que melhor podem assegurar a coesão e integridade do sistema jurídico internacional como um todo[103]. Esses princípios encontram-se interligados com os próprios fundamentos do direito internacional, mostrando o caminho para a universalidade deste último.

Em obra escrita em 1935, A. Verdross avançou "ideia universal do direito", emanando da consciência humana, conformando a existência de um *fonds juridique commun*, fonte dos princípios gerais do direito[104]. Pouco mais de três décadas depois, A. Favre

101 Ch. Rousseau. *Principes généraux du droit international public*, v. I. Paris: Pédone, 1944, p. 926-927.

102 J. I. Charney. Universal International Law. *AJIL*, v. 87, 1993, p. 532.

103 C. Wilfred Jenks acreditava que um exame dos princípios gerais do direito (encontrados em sistemas jurídicos distintos, e ademais abarcando os princípios do próprio direito Internacional) poderia em muito contribuir a prover os "fundamentos básicos de um sistema universal de direito internacional law"; C. W. Jenks. *The Common Law of Mankind*. London: Stevens, 1958, p. 106 e 120-121; e cf. p. 172.

104 A. Verdross. "Les principes généraux du droit...", *op. cit. supra* N. 47, p. 202. Por sua parte, H. Lauterpacht sustentava que a universalidade de um "*corpus* substancial de direito internacional" baseia-se em grande parte nos princípios gerais do direito, que "por definição" têm um caráter e aplicação universais, "independentemente de qualquer manifestação de vontade expressa ou implícita" dos membros da comunidade internacional; ademais, a universalidade de algumas disposições do direito internacional convencional emana de "considerações cogentes de humanidade"; *International Law*

sustentou, em 1968, que os princípios gerais do direito são "a expressão da ideia de justiça", tendo um escopo universal e expressando a "consciência jurídica da humanidade"; ao invés de derivarem da "vontade" dos Estados, têm um "caráter objetivo" e constitui um "fonds juridique commun pour l'ensemble des États", assegurando assim a unidade do direito e fortalecendo a ideia da justiça em benefício da humanidade como um todo[105].

De nossa parte, na atualidade, também temos sustentado, ao longo dos anos, a relevância dos princípios gerais do direito na construção do novo *jus gentium*, tanto em nossos escritos a respeito, sistematizados no Curso Geral de Direito Internacional Público que ministramos na Academia de Direito Internacional da Haia em 2005[106], como em Votos Individuais que temos apresentado sucessivamente em dois tribunais internacionais, como, *e.g.*: nosso Voto Concordante no Parecer nº 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre *A Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados* (de 17.09.2003)[107], e, no tocante à Corte Mundial da Haia, nosso Voto Arrazoado no caso das "*Papaleras" no rio Uruguai* (Argentina *versus* Uruguai, sentença da Corte Internacional de Justiça [CIJ] de 20.04.2010, e nosso Voto Arrazoado no caso do *Templo de Préah Vihéar* (Cambódia *versus* Tailândia, Interpretação de Sentença da Corte Internacional de Justiça

Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht (ed. E. Lauterpacht), v. I (General Works). Cambridge: Cambridge University Press, 1970, p. 114-117.

105 A. Favre. "Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens", *op. cit. supra* N. 33, p. 369, 374-375, 379, 383 e 390.

106 A. A. Cançado Trindade. International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* – General Course on Public International Law – Part I. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 316, 2005, cap. III, p. 85-121.

107 Reproduzido in: *Judge A. A. Cançado Trindade – The Construction of a Humanized International Law – A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, v. I (Inter-American Court of Human Rights). Leiden: Brill/Nijhoff, 2014, p. 410-453.

[CIJ] de 11.11.2013)[108], nosso Voto Arrazoado no caso da *Obrigação de Negociar Acesso ao Oceano Pacífico* (Bolívia *versus* Chile, Sentença sobre exceções preliminares da CIJ de 24.09.2015), e nosso Voto Arrazoado no caso da *Apreensão e Retenção de Certos Documentos e Dados* (Timor-Leste *versus* Austrália, *Ordonnance* sobre exceções preliminares da CIJ de 03.03.2014)[109], entre outros tantos.

No caso recente da *Aplicação da Convenção contra o Genocídio* (Croácia *versus* Sérvia, Sentença de 03.02.2015), diante da decisão da CIJ de rejeitar a demanda, apresentamos um extenso e contundente Voto Dissidente, em que, *inter alia*, alertamos para o papel primordial dos princípios fundamentais e valores humanos na interpretação e aplicação da Convenção contra o Genocídio de 1948, concentrada nos *grupos de pessoas*, nos povos (como a Carta das Nações Unidas), à luz do princípio de humanidade, com atenção voltada às vítimas e não a susceptibilidades interestatais (pars. 494-524); neste domínio – prossegui –, a *raison d'humanité* prevalece claramente sobre a *raison d'État* (par. 547); as próprias avaliações probatórias – agreguei – não podem prescindir de preocupações axiológicas (pars. 469-470)[110].

Efetivamente, não é possível prescindir dos princípios gerais do direito, que emanam, em nosso entendimento, em última instância da consciência jurídica universal, como "fonte" *material* de

108 Reproduzidos in: *Judge A. A. Cançado Trindade – The Construction of a Humanized International Law – A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, v. II (International Court of Justice). Leiden: Brill/Nijhoff, 2014, p. 854-986 e 1788-1813.

109 Reproduzidos in: *Judge A. A. Cançado Trindade – The Construction of a Humanized International Law – A Collection of Individual Opinions (2013-2016)*, v. III (International Court of Justice). Leiden: Brill/Nijhoff, 2017, p. 674-732.

110 Reproduzido *in ibid.*, v. III, p. 40-234. Neste mesmo voto dissidente, ao sustentarmos o jusnaturalismo e rejeitarmos o positivismo-voluntarista, ponderamos ademais que o princípio de humanidade permeia o próprio Direito das Nações Unidas (par. 73-76); *in ibid.*, p. 70-72. E cf. também, a respeito, N. 9, *supra*.

todo o Direito[111]. O ordenamento jurídico internacional deve sua efetividade, sua universalidade e sua própria existência a estes princípios. Os princípios gerais do direito abarcam os princípios do direito internacional, e expressam a *opinio juris communis* da comunidade internacional, na construção de um novo *jus gentium*, o direito internacional para a humanidade[112].

111 Sobre as manifestações da consciência jurídica universal no direito internacional contemporâneo, cf. A. A. Cançado Trindade. *International Law for Humankind...*, *op. cit. infra* N. 112, cap. VI, p. 139-161; e cf. também: A. A. Cançado Trindade. La *Recta Ratio* dans les Fondements du *Jus Gentium* comme Droit International de l'Humanité. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 58, 2011, p. 91-121; A. A. Cançado Trindade. El Desarraigo como Problema Humanitario y de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Universal. *Lecciones y Ensayos* – Universidad de Buenos Aires, v. 78, 2003, p. 71-116.

112 Cf., a respeito, A. A. Cançado Trindade. *International Law for Humankind – Towards a New Jus Gentium*. 2ª ed. rev. Leiden/The Hague: Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013, p. 1-726; A. A. Cançado Trindade. Foundations of International Law: The Role and Importance of Its Basic Principles. In: *XXX Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* – OEA, 2003, p. 359-415; A. A. Cançado Trindade. Some Reflections on the Principle of Humanity in Its Wide Dimension. In: R. Kolb e G. Gaggioli (eds.). *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*. Cheltenham: E. Elgar, 2013, p. 188-197.

CAPÍTULO 4
ELEMENTOS PARA UMA SISTEMATIZAÇÃO DA PRÁTICA DO DIREITO INTERNACIONAL

Sumário: I. Necessidade de sistematização. II. Métodos de sistematização. III. Generalização da sistematização. IV. Benefícios da sistematização. V. Considerações finais.

4.1. Necessidade de sistematização

A complexidade crescente da vida internacional de nossos dias torna a sistematização da prática do direito internacional instrumento indispensável aos centros acadêmicos, órgãos de consultoria, Ministérios de Relações Exteriores e organismos internacionais. No Brasil, já em meados do século XIX, o então Diretor do Arquivo Público do Império, ao iniciar obra pioneira no país, advertia os leitores para a necessidade e importância de uma sistematização da prática brasileira do direito internacional (no que tange aos tratados celebrados pelo Brasil com diferentes Estados) e de seu acesso aos estudiosos da disciplina[1]. As primeiras

1 Antonio Pereira Pinto. *Apontamentos para o Direito Internacional* ou *Collecção Completa dos Tratados Celebrados pelo Brazil com Differentes Nações Estrangeiras*, v. I. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & Cia. Livr. Ed., 1864, p. VII-IX. Sobre o conteúdo, significação e valor histórico desta obra, cf. A. A. Cançado Trindade.

grandes sistematizações da matéria surgiram com efeito a partir de meados do século XIX.

Naquela época, ainda era possível a realização de pesquisas do gênero por iniciativa individual, conforme evidenciado pela obra monumental do pesquisador insaciável e de invejável energia que foi John Bassett Moore. Tomando-se, por exemplo, de sua vasta obra, tão somente o *Digesto* (oito volumes), que lhe custou nove anos de trabalho, verifica-se com satisfação que a magnitude do empreendimento nem por isso lograra esmorecer o espírito meticuloso e minucioso do autor. Que este manteve-se consciente da importância de um trabalho verdadeiramente cuidadoso transparece de suas próprias palavras ao prefaciar a obra, quando ponderou que uma simples coletânea de documentos da prática diplomática ou excertos de decisões judiciais não poderia servir de guia seguro: tornava-se necessário, em seu parecer, relatar os casos de onde se extraiam os documentos e excertos antes de apresentar a tese prevalecente, oferecendo assim aos leitores os pontos de vista de *ambas* as partes litigantes[2].

Iniciativa individual do gênero, que pressupõe a rara vocação intelectual e também requer grande dose de abnegação e desprendimento, torna-se, nos dias de hoje, cada vez menos viável: com a emancipação de grande número de novos Estados, o advento de múltiplos organismos internacionais, a sofisticação dos meios de contato internacional, torna-se cada vez mais difícil ao pesquisador individual a elaboração de obras gerais de sistematização na área. O peso esmagador da imensa massa de materiais das chancelarias e organismos internacionais que se acumula a cada dia que passa, e jaz à espera de exame e avaliação, evidencia a pertinência da

Prefácio à Reedição dos "Apontamentos para o Direito Internacional" de A. Pereira Pinto (em 4 v.). Projeto *Memória Jurídica Nacional*. Brasília: co-ed. Ministério da Justiça/Edit. Universidade de Brasília, v. 1, 1980, p. III-XIII.

2 J. B. Moore. *A Digest of International Law*, v. I. Washington: Government Printing Office, 1906, p. IV-V.

máxima *ars longa vita brevis,* tornando o período de produção intelectual do pesquisador da área particularmente curto e insuficiente. Ademais, tanto se tem publicado, principalmente em anos recentes, nesse setor, que o simples levantamento de dados existentes pressuporia o que nem sempre se encontra ao alcance dos simplesmente iniciados ou interessados na matéria: o acesso às fontes.

Por outro lado, esta mesma complexidade, como já indicado, enfatiza a necessidade de um levantamento sério da prática dos Estados, tarefa hoje talvez mais apropriada às associações científicas e equipes de pesquisadores com conhecimento sólido da disciplina. O estudo do direito internacional de base puramente doutrinária, dogmático e autoritário, outrora *en vogue,* encontra-se hoje inteiramente desacreditado, para isto tendo contribuído decisivamente a realidade da própria prática internacional, atualmente cada vez mais tangível pela evolução dos meios de comunicação de massa.

4.2. Métodos de sistematização

Dadas a necessidade de atenção cuidadosa à prática do quotidiano e a escassez de estudos a respeito na literatura especializada em língua portuguesa, é de conveniência passarmos a uma revisão geral dos esforços de sistematização da prática diplomática dos Estados em matéria de direito internacional até os nossos dias. Tais esforços têm seguido métodos distintos. Um primeiro método, o cronológico, caracteriza-se pela coleção de materiais sobre áreas as mais diversas do direito internacional em determinadas épocas. Tal periodização é normalmente adotada em coleções do gênero dos *International Law Reports* (Londres, volumes 17-50), precedidos pelo *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* (vols. 1-16) de Lauterpacht.

Um segundo método consiste na seleção e coleção de materiais sobre determinados tópicos do direito internacional, cujo exemplo mais notável é hoje fornecido pelos trabalhos e relatórios da Comissão de Direito Internacional da ONU, reproduzidos em seu precioso *Anuário,* instrumento absolutamente indispensável aos estudiosos da disciplina. A este se acrescentam as publicações de associações científicas, como o *Anuário do Institut de Droit International* e os *Relatórios da International Law Association*.

Há, enfim, o método de abordamento por países. Os trabalhos que recaem nessa categoria têm coberto grupos de países, como o *Digest of the Diplomatic Correspondence of the European States* (período 1856-1878) da série *Fontes Juris Gentium* do *Max-Planck--Institut,* assim como determinados países individualmente, como, *e.g.*, a coletânea *Diplomatic Correspondence of the U.S. Concerning the Independence of the Latin American Nations* de Manning.

Os *Apontamentos para o Direito Internacional* de Pereira Pinto recairiam nessa última categoria, mas seguindo mais precisamente uma combinação do segundo e terceiro métodos. Nessa mesma linha, quase um século depois da publicação dos *Apontamentos* surgiria, na Inglaterra, em 1961, o *Law of Treaties* de Lord McNair, divulgando fontes até então inéditas da prática britânica nessa área especifica do direito internacional[3]. Quanto aos *Digestos* nacionais de direito internacional, foi nos Estados Unidos que floresceram os primeiros e mais significativos, como os de Wharton, Moore, Hackworth e, posterior, Whiteman e McDowell.

4.3. Generalização da sistematização

Nas duas décadas seguintes, tal iniciativa parece haver gradualmente se generalizado, com a publicação na Grã-Bretanha do *British Digest of International Law* de C. Parry, da *British Practice*

3 Lord (Arnold Duncan) McNair. *The Law of Treaties*. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1961.

in International Law de E. Lauterpacht, da série *Law Officers Opinions to the Foreign Office* (97 volumes) de C. Parry, precedidos (na década de cinquenta) pela série *International Law* Opinions de A. McNair; na França do *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public* de A. C. Kiss; na Suíça do *Répertoire suisse de droit international public* dirigido por P. Guggenheim e L. Caflisch; na Itália da *Prassi Italiana di Diritto internazionale* da *Società Italiana* per *l'Organizzazione Internazionale*[4].

No Brasil, foi editado em 1984-1988, e reeditado em 2012, o *Repertório da Prática Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público* de A. A. Cançado Trindade (em seis volumes, cobrindo o período 1889-1981)[5]; em cada um dos seis tomos que compõem esta coletânea, incluímos ao início um estudo introdutório abordando todos os aspectos da realização da obra, que nos tomou toda uma década de trabalho, nos arquivos históricos do Itamaraty no Rio de Janeiro e em Brasília[6]. Referências adicionais podem

4 Para um estudo da prática internacional do exercício da proteção diplomática baseado *inter alia* em materiais extraídos dessas fontes, cf. A. A. Cançado Trindade. Origin and Historical Development of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law. *Revue belge de droit international/ Belgisch Tijdschrift voor international Recht*, v. 12, 1976, p. 499-527.

5 A. A. Cançado Trindade. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1961-1981)*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1984, p. 1-353 (1ª ed.); 2ª ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012, p. 1-424; A. A. Cançado Trindade. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1941-1960)*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1984, p. 1-365 (1ª ed.); 2ª ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012, p. 1-444; A. A. Cançado Trindade. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1919-1940)*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1984, p. 1-278 (1ª ed.); 2ª ed. Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, 2012, p. 1-388; A. A. Cançado Trindade. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1899-1918)*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1986, p. 1-518 (1ª ed.); 2ª ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012, p. 1-587; A. A. Cançado Trindade. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1889-1898)*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1988, p. 1-271 (1ª ed.); 2ª ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012, p. 1-302; A. A. Cançado Trindade. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Índice Geral Analítico)*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1987, p. 1-237 (1ª ed.); 2ª ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012, p. 1-284.

6 Foram os seguintes os aspectos que abordamos nestes nossos estudos introdutórios: v. I (período 1961--1981): "Os Repertórios Nacionais do Direito Internacional e a Sistematização da Prática dos Estados"; v. II (período 1941-1961): "A Expansão da Prática do Direito Internacional"; v. III (período 1919-1940):

ser feitas a outras obras do gênero, nos continentes americano[7] e asiático[8]. Além disso, um número cada vez mais crescente de anuários e periódicos de direito internacional vêm incluindo seções devotadas à prática do direito internacional dos países respectivos[9].

Em elucidativo memorando de 1949 intitulado *Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law More Readily Available*, o secretário-geral da ONU percorria as várias sistematizações – nacionais e internacionais – existentes na época, mas se abstendo de optar por determinada metodologia à exclusão das demais. Concluía o memorando pela viabilidade de combinações das distintas modalidades de abordamento de materiais os mais diversos pertinentes a certas áreas do direito internacional[10]. Uma combinação dessa natureza, conforme acima indicado, já houvera sido seguida pelos *Apontamentos* de Pereira Pinto no que concerne ao direito e prática dos tratados concluídos pelo Brasil.

"A Emergência da Prática do Direito Internacional"; v. IV (período 1899-1918): "Necessidade, Sentido e Método do Estudo da Prática dos Estados em Matéria de Direito Internacional"; v. V (período 1889--1898): "A Sistematização da Prática dos Estados e a Reconstrução do *Jus Gentium*"; v. VI (Índice Geral Analítico): Nota Introdutória e Explicativa".

7 *E.g.*, nos Estados Unidos, o *(Second) Restatement of the Foreign Relations Law of the United States* (1962). No Brasil, aos *Documentos de Política Externa* editados pelo Ministério das Relações Exteriores (7 v., 1967-1973), sucedeu-se, a partir de 1974, a coletânea do MRE *Resenha de Política Exterior do Brasil;* ambas coleções são, no entanto, de caráter sobretudo informativo, não pretendendo constituir-se em sistematização da prática diplomática brasileira. Também de utilidade são os *Pareceres dos Consultores Jurídicos do MRE* e os fascículos componentes da *Coleção de Atos Internacionais* (MRE). Na Argentina, já ao final do século XIX publicava-se o *Mémoire des relations extérieures de la République Argentine* (cit. *in* J. M Yepes. Les problèmes fondamentaux du droit des gens en Amérique. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 47, n. 1, 1934, p. 107-108. Também de utilidade é a coleção editada por J. B. Scott. *The International Conferences of American States* (1889-1928). Oxford: Oxford University Press, 1931, p. 45-415.

8 Cf. S. Oda, H. Owada; K. Hirobe. *The Practice of Japan in International Law (1961-1970).* Tokyo: University of Tokyo Press, 1982, p.

9 Como é o caso, *e.g.*, do *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht*, de *British Year Book of International Law, do Italian Yearbook of International Law, da Revue belge de droit international*, do *Netherlands Yearbook of International Law, da Revue hellénique de droit international*, dentre outros.

10 ONU, publ. N. 1949. V.6, p. 103-114, esp. p. 106-107.

Em que pese o valor indiscutível desse estudo da ONU, verifica-se, no entanto, que na breve subseção de apenas quatro linhas dedicada às coleções de documentos relativas ao Brasil[11], deixa-se de mencionar os *Apontamentos para o Direito Internacional* de Pereira Pinto como tampouco se encontram eles citados no decorrer do texto de todo o memorando[12]. As únicas explicações (não justificativas) para essa omissão seriam as que já se tornaram usuais: além da barreira do idioma, a insuficiente distribuição da obra publicada...

Os estudiosos do direito internacional de hoje já dispõem de valioso acervo de documentação em áreas distintas da disciplina. No campo da solução pacífica de controvérsias, há, por exemplo, somente no que diz respeito ao processo arbitral, uma série de coleções preciosas, como a de Moore *History and Digest of International Arbitrations,* a de La Pradelle e Politis *Recueil des arbitrages internationaux,* a de Moore *International Adjudications,* a de Stuyt *Survey of International Arbitrations* 1794-1970, a da ONU *Reports of International Arbitral Awards,* os já citados *International Law Reports* de Lauterpacht (contendo também outros materiais) . E, sobre a solução judicial, as publicações, *e.g.*, da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional e o *Recueil* da atual Corte Internacional de Justiça são facilmente encontráveis nas bibliotecas especializadas de Direito Internacional Público.

Na área dos tratados, são internacionalmente conhecidas a coleção *Recueil des principaux traités* de Ch. de Martens, a monumental *Consolidated Treaty Series* de um grande pesquisador que foi Clive Parry, da Universidade de Cambridge, e a não menos volumosa *United Nations Treaty Series,* dentre outras. Há que se

11 Cf. *ibid.,* p. 10.

12 Cf. *ibid., p.* 3-114; na subseção das fontes brasileiras à p. 10, há referências expressas tão somente ao *Archivo Diplomático da Independência e ao Relatório* do Ministério das Relações Exteriores.

registrar o estudo patrocinado em 1971 pelo UNITAR, intitulado *Toward Wider Acceptance of U. N. Treaties,* em que se analisam, com inúmeros dados estatísticos e de direito constitucional comparado, os fatores e causas que retardam ou impedem a aceitação pelos Estados de tratados multilaterais adotados sob os auspícios das Nações Unidas[13].

Outra categoria de publicações do gênero é devotada a materiais e casos de direito internacional, seja sobre temas específicos da disciplina, a exemplo da *United Nations Legislative Series,* seja sobre temas os mais diversos compilados e reunidos em volumes sucessivos, a exemplo do periódico *International Legal Materials* (Washington), ou de livros como o *Cases and Materials on International Law* de Harris, e, no Brasil, os *Textos de Direito Internacional e de História Diplomática* de 1815 a 1949 de Ferreira de Mello.

Nessa categoria também se incluem as publicações voltadas ao estudo da jurisprudência internacional, a exemplo dos *casebooks* de Pitt Cobbett, F. Snow, J. B. Scott, Dickinson, M. O. Hudson, Fenwick, Briggs[14], seguidos mais recentemente pelo *International Law through the Cases* de L. C. Green. Ademais, como a condução das relações internacionais não se exaure normalmente nos contatos entre os poderes executivos dos Estados respectivos, podendo também se desenrolar – em escala certamente mais reduzida – entre os poderes legislativos ou judiciários dos Estados, é também importante, no que tange a estes últimos, investigar

13 O. Schachter.; M. Nawaz; J. Fried. *Toward Wider Acceptance of U. N. Treaties*. N. Y.: UNITAR (United Nations Institute for Training and Research) – Arno Press, 1971, p. 9-165; e cf. dados *in, e.g.*, p. 27-28 e 38: o estudo também discorre sobre as técnicas utilizadas pelas organizações internacionais para estimular o interesse e a adesão a tais tratados (*ibid.*, p. 41-79).

14 Para um levantamento dos primeiros *case-books* de direito internacional, cf. M. O. Hudson. Twelve Casebooks on International Law. *American Journal of International Law*, v. 32, 1938, p. 447-456.

a prática dos tribunais *internos* em matéria internacional[15], a exemplo das *Fontes Juris Gentium* (contendo, *inter alia,* decisões da Corte Suprema alemã em matéria de direito internacional), ou da *Giurisprudenza Italiana in Materia Internazionale* (período 1861--1890), dentre outros.

Há igualmente que se mencionar o esforço desempenhado pelas organizações internacionais para sistematizar a prática de seus órgãos, através do preparo e divulgação de valiosos Repertórios[16]; é provável que se estes não tivessem sido elaborados e dados a público, hoje grande parte da prática das organizações internacionais continuaria até certo ponto desconhecida e lamentavelmente desperdiçada.

Com efeito, os elementos necessários a uma sistematização da prática do direito internacional não se esgotam nos acima indicados; a estes se acrescem muitos outros, como, *e.g.*, correspondência diplomática, debates parlamentares acerca de temas de política externa, *procès-verbaux* e documentos classificados de conferências internacionais, argumentos orais perante tribunais internacionais e intervenções diante de órgãos políticos de organizações internacionais, resoluções adotadas por estas últimas, dentre outros[17].

Dificilmente se poderia enfatizar de modo suficientemente contundente a grande necessidade e a relevância da divulgação dessa imensa massa de materiais, não só aos acadêmicos, mas também àqueles que pela atividade profissional contribuem

15 Para um estudo dessa natureza, cf. A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts. *Archiv des Völkerrechts*, v. 17, 1977-1978, p. 333--370.

16 Por exemplo, o *Répertoire des questions de droit international général posées devant la Société des Nations* 1920-1940, seguido pelo *Repertory of Practice of United Nations Organs* e pelo *Repertoire of the Practice of the U. N. Security Council.*

17 Para uma enumeração, no que tange à prática internacional francesa, cf. A. Ch. Kiss. *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, v. I. Paris : Ed. Centre National de la Recherche Scientifique, 1962, p. XIV- XV.

para moldar o direito internacional de nossos dias (consultores, diplomatas, funcionários internacionais). Clive Parry, autor de um estudo pioneiro e dos mais perspicazes da *praxis* anglo-norte-americana do direito internacional, indicava ocorrer na prática não só uma certa distância entre o que um Estado *diz* e o que um Estado efetivamente *faz*, mas também uma série de variações e matizes nas práticas de Estados distintos[18] – elementos indispensáveis à apreciação dos estudiosos da disciplina, até mesmo para uma possível reavaliação da teoria das chamadas "fontes" do direito internacional público contemporâneo[19].

4.4. Benefícios da sistematização

Inúmeros são os benefícios que o estudo da prática diplomática dos Estados pode acarretar, e não necessariamente de natureza puramente teórica: pode, por exemplo, oferecer subsídios importantes àqueles engajados profissionalmente em negociações no plano internacional, ciosos de conduzi-las com competência e eficiência; pode, ademais, indicar pontos de discordância das chancelarias sobre determinadas questões (a serem evitados, reduzidos ou neutralizados), e, ainda mais importantes, pontos de semelhança de enfoque, ou passíveis de aproximação[20] com vistas a, *e.g.*, uma solução pacífica de determinada controvérsia internacional.

Seria aqui pertinente lembrar a sugestão de um internacionalista grego de que um paralelo entre as relações internacionais

18 Clive Parry. The Practice of States. *Transactions of the Grotius Society*, v. 44, 1958-1959, p. 167 e 159, e cf. p. 145-186.

19 Cf. Clive Parry. *The Sources and Evidences of International Law*. Manchester: University Press/Oceana, 1965, p. 56-82.

20 A. A. Cançado Trindade. La méthode comparative en droit International – une perspective européenne. *Revue de droit international de sciences diplomatique et politiques*, v. 55, 1977, p. 277-278, e cf. p. 273-287.

de nossos dias com as da época imediatamente subsequente à I Guerra Mundial revelaria uma crescente penetração do direito, da preocupação com o direito, na formulação da política externa dos Estados[21]. E um autor nacional, já em 1864, enfatizava a função primordial das regras do direito internacional na regulamentação e solução de conflitos entre Estados de poderio tão ostensivamente desigual[22] . É alentador verificar que, de tempos em tempos, surgem aqueles poucos que, não satisfeitos com a simples conscientização da necessidade do estudo da prática dos Estados, se põem a trabalhar, não sem sacrifícios, para deixar sua contribuição para as gerações futuras de pesquisadores.

As fontes para uma obra geral de sistematização da prática do direito internacional, vale insistir, não se exaurem evidentemente nas indicadas no presente estudo; há e sempre haverá uma infinidade de dados ainda não suficientemente trabalhados nos arquivos dos Ministérios das Relações Exteriores e outros órgãos dos governos e mesmo em arquivos particulares, na documentação confidencial e ainda não classificada de organismos internacionais, em teses doutorais não publicadas de universidades conceituadas, dentre outros. Os elementos a que nos referimos são tão somente alguns dos que figuram dentre os mais relevantes e significativos até os nossos dias.

4.5. Considerações finais

Não poderíamos concluir este capítulo sem assinalar que a sistematização da prática do direito internacional hoje não se exaure na prática tão só dos Estados: abarca ela, ademais, a prática de outros sujeitos do direito internacional, como as organizações

21 C. Th. Eustathiades. Évolution des rapports entre le droit international et la politique étrangère. In: *Mélanges offerts à Henri* Rolin. Paris: Pédone, 1964, p. 1-13 (extrait).

22 A. Pereira Pinto. *Apontamentos para* o *Direito Internacional*, v. I. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & Cia. Livr. -Ed., 1864, p. XI-XIII.

internacionais. Na atualidade (segunda década do século XXI), a prática do direito internacional tornou-se bem mais rica com o passar das décadas (de meados do século XIX, ao longo de todo o século XX, e até o presente).

Isto não é de se surpreender, dada a expansão da responsabilidade, personalidade e capacidade internacionais no direito internacional contemporâneo. As manifestações da dimensão intertemporal tornaram-se com o tempo muito mais visíveis e marcantes no direito internacional contemporâneo, do que o foram no passado. Não há que perder de vista que a prática do direito internacional não prescinde de sua própria interpretação e avaliação, à luz dos princípios e valores[23].

O conhecimento sólido do direito internacional é importante para a busca consciente de novas soluções jurídicas para fazer face a novos e futuros desafios. O positivismo voluntarista, essencialmente estático, mostrou-se incapaz de explicar a formação e evolução históricas das regras costumeiras do direito internacional geral. Em nossos dias, é difícil apreciar a contribuição por parte dos Estados e organizações internacionais (e também de entidades da sociedade civil) à conformação da prática do direito internacional, sem a convicção de que está conforme ao direito (*opinio juris communis*). A sistematização da prática do direito internacional vem também revelar noções básicas de justiça que orientam o desenvolvimento progressivo do direito internacional.

23 Para um debate a respeito, cf.: [Vários autores] *La pratique et le droit international* (Colloque de la Société Française pour le Droit International, Genève, maio de 2003). Paris: Pédone, 2004, p. 13-306.

PARTE II
ESTADOS: RESPONSABILIDADE

CAPÍTULO 5
O CONTENCIOSO DIPLOMÁTICO E OS RECURSOS DE DIREITO INTERNO

Sumário: I. Introdução: A evolução histórica do tema. II. O contencioso diplomático nos séculos XIX e XX. 1. Exemplos da prática dos Estados europeus. a) Reino Unido. b) França. c) Itália. d) Suíça. 2. Exemplos da prática dos Estados Americanos. a) Estados Unidos. b) Canadá. c) Estados latino-americano americanos. 3. Exemplos da prática do Brasil. III. Conclusões.

5.1. Introdução: a evolução histórica do tema

É um princípio clássico do direito internacional que a responsabilidade internacional de um Estado por danos causados a estrangeiros só pode ser implementada a nível internacional depois de esgotados os recursos de direito interno pelos indivíduos em questão, isto é, depois que o Estado reclamado tenha se valido da oportunidade de reparar os supostos danos por seus próprios meios e no âmbito de seu ordenamento jurídico interno. As raízes históricas da longa evolução dessa regra, como comumente entendida hoje, remontam à antiga prática de represálias.

Conforme demonstramos em pesquisa editada pela Sociedade Belga de Direito Internacional[1], desde os tempos medievais até o final do século XVII o requisito do prévio esgotamento dos meios internos de reparação aplicava-se normalmente antes da tomada de represálias, e, subsequentemente, nos tempos modernos, antes da intervenção. Outrora, príncipes e soberanos emitiam cartas de represália não a estrangeiros, mas somente a seus cidadãos ou súditos no exterior, e depois de terem estes esgotado todos os meios de solucionar a controvérsia no país de residência. Nos tempos modernos, a regra passou a aplicar-se no contexto do direito relativo à responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros. Em todos os casos havia um reclamante queixando-se de um dano sofrido em outro país ou Estado e supostamente engajando a responsabilidade desse último.

São inúmeros os antecedentes dos séculos IX a XVI, envolvendo mercadores e países diversos (em cartas de represália), e por vezes tratados consagrando o princípio do esgotamento; nos séculos XVII e XVIII surgem novos tratados a respeito, além de pareceres e relatórios de consultores de negócios estrangeiros igualmente aplicando o princípio[2]. Todos esses dados (cartas de represália, tratados, pareceres) contribuíram decisivamente para a evolução do princípio do esgotamento no contexto das relações entre comunidades ou Estados e estrangeiros (particularmente em relações comerciais e controvérsias políticas daí advindas), e para a gradual cristalização da regra hoje conhecida como do esgotamento dos recursos de direito interno, definitivamente cristalizada como regra do direito internacional consuetudinário já em fins do século XIX (cf. *infra*).

1 A. A. Cançado Trindade. Origin and Historical Development of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law. *Revue belge de droit international/Belgisch Tijdschrift voor internationaal Recht*, v. 12, 1976, p. 499-527.

2 Cf. inúmeros dados a respeito, nesse período (séculos IX a XVIII), *in ibid.*, p. 499-514.

O princípio do prévio esgotamento dos meios internos de reparação encontrou apoio não apenas na prática internacional, mas também na doutrina. Abstração feita dos autores modernos[3], podemos fazer referência a diversas passagens dos escritos de autores clássicos como Francisco de Vitoria[4], Alberico Gentili[5], Hugo Grotius[6], C. Bynkershoek[7], C. Wolff[8] e E. Vattel[9], que consagram o princípio em questão com formulações distintas.

Os casos envolvendo a regra dos recursos internos eram sempre de origem *privada*, ainda que subsequentemente viesse a causa a ser patrocinada pelo soberano ou Estado do indivíduo lesado; muito embora "internacionalizado" pelo patrocínio da reclamação, o caso subsistia originalmente como uma controvérsia entre um estrangeiro lesado e o Estado de residência. Este o campo clássico de aplicação da regra dos recursos internos, com um

3 Cf. bibliografia atualizada (até então) e exaustiva *in* A. A. Cançado Trindade. *The Rule* of *Exhaustion* of *Local Remedies in International Law* (Ph. D. Thesis), v. II. Universidade de Cambridge, 1977, p. 1700-1722 (circulação interna); A. A. Cançado Trindade. *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983, p. 422-440; A. A. Cançado Trindade. *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*. 2ª ed. rev. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 267-297.

4 Francisco de Vitoria. *Relectio De Jure Belli* (1532), appendix B in: J. B. Scott. *The Spanish Origin of International Law – Francisco de Vitoria and his Law of Nations*. Oxford: Clarendon Press, 1934, p. LXIV; Francisco de Vitoria. *De Indis Relectio Posterior, sive de Jure Belli* (1538-1539). In: T. Urdanoz (ed.). *Obras de Francisco de Vitória.* Madri: B. A. C., 1960, p. 845-846.

5 Alberico Gentili. *De Jure Belli Libri Tres* (1598). In: J. B. Scott (ed.). *The Classics* of *International Law*, v. II. Oxford: Clarendon Press, 1933, livro I, cap. XXI, p. 100 e 103.

6 Hugo Grotius. *De Jure Belli ac Pacis – Liber Tertius* (1625), v. III (trad. W. Whewell). Cambridge: Cambridge University Press, 1853, *caput II-IV*, p. 48; II-II, p. 42-43; II-III, p. 44-45; II-V, p. 48-49; II-VI, p. 50; II-VII, p. 51-52.

7 C. van Bynkershoek. *Questionum Juris Publici Libri Duo* (1737). Oxford: Oxford University Press, 1930, v. II (trad. T. Franck), livro I, cap. XXIV, p. 133-136.

8 C. Wolff. *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (1749), v. II (trad. J. H. Drake). Oxford: Oxford Clarendon Press, 1934, p. 303, par. 590, e cf. p. 302-309, pars. 591-602.

9 E. de Vattel. *Le Droit des Gens, ou principes de la loi naturelle* (1758), v. II, Paris: Guillaumin & Cie., 1863, livro II, cap. XVIII, p. 316, par. 338; e cf. p. 320-330, pars. 342-350; cf. também cap. VII, p. 62, par. 84; cap. VIII, p. 83-84, par. 103.

estrangeiro requerendo proteção e assistência de seu soberano ou Estado para obter a reparação de um dano sofrido em outro país.

Daí o caráter *preventivo* da regra: como *condito sine qua non* do exercício de represálias (no passado mais distante) e da proteção diplomática (nos tempos modernos), não raro a regra impediu a intervenção, em épocas em que os soberanos e Estados mostravam-se menos relutantes para recorrer à força física do que parecem ser hoje. A regra exerceu assim uma função proeminente ao assegurar uma certa medida de respeito pela soberania dos Estados, minimizando tensões e favorecendo as condições de intercâmbio pacífico e relações comerciais[10] entre soberanos e Estados, e levando ao estabelecimento de tribunais (para julgar reclamações) e recursos. Excetuavam-se da aplicação da regra os casos de denegação de justiça, atrasos indevidos e outras irregularidades processuais graves[11].

Nos parágrafos que se seguem, examinaremos a incidência da regra do esgotamento dos recursos de direito interno na prática diplomática dos Estados nos séculos XIX e XX. As numerosas sentenças arbitrais e decisões da Corte Internacional de Justiça (e sua precursora Corte Permanente de Justiça Internacional) abordando a regra dos recursos internos no período considerado são deliberadamente excluídas do âmbito e propósitos do presente estudo: enquanto tal jurisprudência tem sido objeto de amplo debate por parte de especialistas no tema[12], a prática dos Estados,

10 Sobre a influência da regra na criação e desenvolvimento de "standards mínimos", cf. G. Schwarzenberger. *Foreign Investments and International Law*. London: Stevens, 1969, p. 23.

11 Cf. capítulo VII, *infra*.

12 Para citar apenas os trabalhos mais amplos, derivados de teses doutorais sobre o tema específico, cf.: C. P. Panayotacos. *La règle de l'épuisement dez voies de recours internes*. Marseille: Moullot, 1952; C. H. P. Law. *The Local Remedies Rule in International Law*. Genèva: Droz, 1961; A. Sarhan. *L'épuisement des recours internes en matière de responsabilité internationale.* Université de Paris, 1962 (mimeografado); G. Gaja. *L'esaurimento del ricorsi interni nel Dirittto Internazionale*. Milano: Giuffrè, 1967; J. Chappez. *La regle de l'épuisement des voies de recours internes*. Paris: Pédone, 1972; U. Giebeler. *Die Erschöpfung*

talvez surpreendentemente, parece ter sido até certo ponto negligenciada. Parece, pois, ser esta uma razão convincente para devotarmos o exame que se segue àquela prática, em particular, à exclusão das áreas mais exploradas sobre o tema. Como a prática dos Estados sobre a regra dos recursos internos nos séculos XIX e XX é particularmente rica, especialmente na passagem do século, será ela sistematicamente examinada, de forma tão condensada quanto possível[13], a partir de desenvolvimentos por parte de alguns Estados individualmente ou grupos de Estados, primeiramente na prática de alguns dos Estados europeus, a seguir na dos Estados americanos, para enfim concentrarmo-nos na prática do Brasil em especial.

5.2. O contencioso diplomático nos séculos XIX e XX

5.2.1. Exemplos da prática dos Estados europeus

5.2.1.1. Reino Unido

A prática do Reino Unido no decorrer do século XIX é ilustrativa da observância do requisito do esgotamento dos recursos de direito interno anteriormente ao exercício da proteção diplomática. Os 97 volumes de fac-símiles da série *Law Officers' Opinions to the Foreign Office* (1793-1860)[14] contêm nada menos

der innerstaatlichen Rechtsbehelfe als zulässigkeitsvoraussetzung der Menschenrechtsbeschwerde zugleich ein vergleich mit der entsprechenden Regel des allgemeinen Völkerrechts und des Verfassungsbeschwerderechts. Universidade de Marburg, 1972 (Foto-Druck); A. A. Cançado Trindade. *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, *op. cit. supra* N. 3, 1983. Cf. também T. Haesler. *The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals*. Leyden: Sijthoff, 1968. E para inúmeras outras referências, cf. bibliografia *in* A. A. Cançado Trindade. *The Rule* of *Exhaustion of Local Remedies in International Law*, *op. cit. supra* N. 3, p. 1700-1722.

13 Para um relato bem mais extenso sobre a matéria, cf. A. A. Cançado Trindade. *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, *op. cit. supra* N. 3, p. 54-107.

14 Doravante citada como *Law Officers Opinions*, série editada por Clive Parry. Gregg International Publ. Ltd., 1970; v. 96 e 97, ed. 1973.

de trinta casos relativos à aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos. Vários dos casos de estrita observância da regra dos recursos internos referiam-se ao dever de súditos britânicos no exterior (*e.g.*, na Bavária[15], no Brasil[16], na França[17], em Cuba[18], na Espanha[19]), de esgotar todos os recursos internos antes que pudessem beneficiar-se da proteção diplomática[20]. De modo semelhante, considerava-se aplicável a regra dos recursos internos aos estrangeiros na Grã-Bretanha, que ficavam igualmente obrigados a esgotar tais recursos antes de solicitar proteção aos respectivos governos[21]. Em ocasiões bem mais raras considerou-se cumprida pelos reclamantes a condição do prévio esgotamento dos recursos internos quando eram estes considerados insuficientes ou ineficazes[22] ou em que atrasos indevidos e irregularidades processuais tornavam infrutíferos os recursos internos[23].

15 *Law Officers' Opinions*, v. 12, p. 55, cf. p. 53-55.

16 *Law Officers' Opinions*, v. 17, p. 9, cf. p. 5-15.

17 *Law Officers' Opinions*, v. 32, p. 225-226 e 593-594, e *ibid.*, v. 34, p. 174-181.

18 *Law Officers' Opinions*, v. 83, p. 123, cf. p. 122-124.

19 *Ibid.*, v. 83, p. 209, cf. p. 203-209.

20 Para outras decisões consistentemente endossando a regra dos recursos internos em casos relativos a cidadãos britânicos no exterior, cf. *Law Officers' Opinions*, v. 22, p. 414-416, 486-488 e 506-507; v. 43, p. 208-218; v. 53, p. 114-116, 188-193 e 200-209; v. 59, p. 505-507; v. 72, p. 240-243; v. 79, p. 20-23; v. 80, p. 252-253 e 298-300, e p. 5-8 e 73-76; v. 81, p. 293-295; v. 82, p. 162-165; v. 83, p. 9-11; v. 94, p. 199-201; v. 95, p. 40-43; e cf. também Lord McNair. *International Law Opinions*. Cambridge: Cambridge University Press, 1956, v. II, p. 312-313.

21 *E.g.*, o caso do navio russo "*Alexander Newski*" (1806), relatado in *Law Officers' Opinions*, v. 62, p. 17-19. E cf. também: *Law Officers' Opinions*, v. 54, p. 225-227: *A British Digest of International Law* (compilado principalmente dos arquivos do *Foreign Office* britânico), editado por Clive Parry e Sir Gerald Fitzmaurice, parte VI, v. 6, London, Stevens, 1965, p. 278.

22 *Law Officers' Opinions*, v. 81, p. 114, cf. p. 113-114.

23 *Law Officers' Opinions*, v. 79, p. 380-381. Para outros exemplos da prática britânica sobre a regra dos recursos internos no século XIX, cf. Lord McNair, *op. cit. supra* N 20, v. II, p. 314-319; *Fontes Juris Gentium* (*Digest of the Diplomatic Correspondence of the European States* – 1856-1871), ed. Viktor Bruns, I.a.o.R.V. Berlin: C. Heymans, 1932, Series B, sect. I, v. I, parte I, p. 929-930, *Fontes Juris Gentium* (*Diplomatic Correspondence* – 1871-1878), *ibid.*, 1937, Series B, sect. I, v. II, parte II, p. 377-379.

Em princípios do século XX reafirmou o governo britânico a sua adesão à regra de esgotamento dos recursos adequados e eficazes em um caso de reclamação pelo aprisionamento de alguns navios norte-americanos pela Grã-Bretanha[24]. A prática britânica subsequente continuaria, ao longo do século XX, a emprestar apoio ao princípio do esgotamento dos recursos internos, conforme exemplificado pelo conflito com a Islândia (em 1962) acerca dos limites marítimos para a pesca: em seguida ao aprisionamento e condenação de um barco pesqueiro inglês por atividade de pesca supostamente ilegal, a despeito dos protestos de que este se encontrava fora das águas territoriais islandesas, interpuseram os proprietários do barco recurso contra a decisão das autoridades islandesas. Interrogado sobre o caso na Câmara dos Comuns, e particularmente sobre a conveniência de qualquer iniciativa a ser tomada pelo governo britânico naquele estágio, o subsecretário de Estado respondeu que seria "prematuro" um comentário acerca da questão antes que se decidisse o recurso interposto nos tribunais islandeses e que tão logo fosse conhecida a decisão seriam apresentados argumentos ao governo da Islândia, se necessário fosse[25]. Também se observou a regra dos recursos internos em uma controvérsia entre cidadãos ingleses e o governo dos Estados Unidos com respeito a um contrato para a construção da nova embaixada norte-americana em Londres[26]; no caso de um julgamento na Etiópia de um cidadão britânico-somali[27]: em um

24 *Cit. in American Journal of International Law* (1916), Supplement, p. 139.

25 *House of Commons Debates*, v. 658, cols. 1003-1004, *cit. in The Contemporary Practice of the United Kingdom in the Field of International Law* (de E. Lauterpacht). London: B.I.I.C.L., 1962, p. 55-56.

26 *House of Commons Debates*, v. 652, col. 47, *cit. in ibid.*, p. 56; cf. também no mesmo sentido, em outro caso, relatório de 21 de dezembro de 1964 do Ministro de Estado de Negócios Estrangeiros, *House of Commons Debates*, v. 704, col. 184, *cit. in British Practice in International Law* (1964), p. 206-207.

27 *House of Commons Debates*, v. 552, col. 1633, *cit. in* "The Contemporary Practice of the United Kingdom in the Field of International Law – Survey and Comment" (de E. Lauterpacht), *in International and Comparative Law Quarterly* (1956), p. 426.

caso de ações interpostas nos tribunais holandeses, relativas à transmissão de propriedade reivindicada por um professor inglês[28].

As regras concernentes às reclamações internacionais divulgadas pelo Foreign Office britânico em 1971 dispunham *inter alia:* "O Governo de Sua Majestade normalmente não patrocinará uma reclamação de um súdito do Reino Unido contra outro Estado até que todos os recursos judiciais disponíveis no Estado em questão (i.e., recursos internos) tenham sido esgotados"[29] (Regra VII). Se, ao esgotar tais recursos internos, deparar-se o reclamante com uma "denegação de justiça, poderá o Governo de Sua Majestade intervir em seu favor a fim de assegurar a reparação da injustiça"[30] (Regra VIII).

5.2.1.2. França

O apoio conferido pelo governo francês à regra do esgotamento dos recursos internos durante o período em exame atesta-se pelos materiais compilados no *Répertoire de la pratique française en matière de Droit international public*. Além dos exemplos tomados à prática francesa dos tratados[31], poder-se-ia fazer referência ao caso da prisão de um cidadão francês em Port-au-Prince levado à

28 *House of Commons Debates*, v. 741, cols. 57-58 e 173-174, *cit. in British Practice in International Law* (1967) (ed. E. Lauterpacht e G. White). London: B.I.I.C.L., p. 109-110.

29 *Cit. in D. J. Harris, Cases and Materials on International Law*. London: Sweet & Maxwell, 1973, p. 478. Um comentário anexo à Regra VII dispõe que "o não esgotamento dos recursos internos não impedirá uma reclamação se se comprovar claramente que nas circunstâncias do caso um recurso a uma instância nacional superior não teria efeito algum" (*in ibid.*, p. 478).

30 *In ibid.*, p. 478.

31 A regra dos recursos internos foi incorporada *in:* artigo 5 da convenção franco-venezuelana de 1885 para o reestabelecimento de relações amistosas; artigo 11(2) de um tratado de amizade, comércio e navegação de 1886 entre França e México; artigo 5 de um tratado de 1928 entre a França e a Holanda sobre solução pacifica de disputas; cf. também artigo 3 da convenção sobre arbitragem de 1926 entre a França e a Romênia; artigo 3 do tratado franco-iugoslavo de conciliação e solução judicial de 1927; e artigo 3 da convenção germano-francesa de arbitragem de 1925; *cit. in* A. C. Kiss. *Répertoire de la pratique française en matière de Droit international public* (doravante citado como Répertoire *Pratique Française*), v. III, Paris, éd. Centre National de la Recherche Scientifique, 1965, p. 499 e 491.

Chambre des Députés francesa. Dirigindo-se à Câmara (aos 26 de novembro de 1904), o Ministro das Relações Exteriores francês apressou-se em afirmar que como o cidadão francês em questão não esgotara todos os recursos internos no Haiti e como não se configurara uma patente denegação de justiça, não se justificaria a intervenção diplomática em seu benefício[32].

Uma decisão similar endossando a exigência do esgotamento dos recursos internos foi tomada em 1934 pelo *Service Juridique* do *Ministère des Affaires Étrangères* em um litígio entre um governo estrangeiro e um consórcio de companhias francesas[33]. Em outro caso examinado durante os debates parlamentares de 1921 o ministro francês das Relações Exteriores declarou que uma iniciativa diplomática somente poderia ser tomada em caso de denegação de justiça, mediante o prévio esgotamento dos recursos internos[34]. O representante da França (Sr. Matter) na Conferência da Haia para a Codificação do Direito Internacional de 1930 foi bastante categórico ao afirmar dirigindo-se à Terceira Comissão (aos 21 de março de 1930), que "não pode haver qualquer iniciativa com relação à responsabilidade do Estado até que se tenha inteiramente esgotado a série de recursos disponíveis"[35].

A prática francesa vem apoiando a regra do esgotamento dos recursos internos não apenas em relação aos cidadãos franceses no exterior como também com respeito aos estrangeiros na França[36].

---

32 *In J. O., Débats Parlementaires, Chambre*, 1904, p. 2706-2708, *cit. in* A. C. Kiss. *Répertoire Pratique Française*, III, p. 499-500.

33 A. C. Kiss. Répertoire Pratique Française, III, p. 455-456; ainda em apoio à regra dos recursos internos, cf. caso relatado *in ibid.*, p. 491.

34 *In J. O., Débats Parlementaires, Chambre*, 1921, p. 16, *cit. in* A. C. Kiss. *Répertoire Pratique Française*, III, p. 604.

35 *Minutes of the Third Committee, Acts of the Conference for the Codification of International Law* v. IV, Liga das Nações, documento C.351(c.) M.145 (c). 1930. V, p. 65-66.

36 Como ilustração, cf. o caso dos incidentes envolvendo turistas alemães em Nancy (em 1913), *in* A. C. Kiss, *Répertoire Pratique Française*, III, p. 604-606.

Em certa ocasião julgou o governo francês oportuno indicar que a regra dos recursos internos não constitui um princípio absoluto e está subordinada a certas condições, tais como o desenrolar normal ou regular do processo (o caso dizia respeito à detenção de cidadãos franceses na Polônia por haverem cometido delito contra as autoridades fiscais polonesas). O governo francês não questionou o princípio de que seus cidadãos deveriam recorrer aos tribunais locais, não objetando tampouco aos procedimentos criminais contra eles instaurados pelo suposto delito em território polonês; a objeção do *Ministère des Affaires Étrangères* referia-se à detenção injustificadamente prolongada de seus nacionais, acarretando virtualmente uma denegação de justiça (mesmo porque aos cidadãos franceses não fora permitido consultar seus advogados), o que abriu caminho a pedido de indenização do governo francês. Eventualmente foi o litígio solucionado diplomaticamente[37] em dezembro de 1934.

Os governos da França e da Itália bateram-se conjuntamente pelas limitações à regra dos recursos internos em um caso relacionado a uma companhia franco-italiana que operava na Grécia. Esta prontamente objetou a possibilidade de uma intervenção conjunta por parte da França e Itália que beneficiasse a companhia, invocando os recursos internos e os princípios do direito internacional, e alegando que, ao invés de dissuadir a companhia reclamante a recorrer aos tribunais locais, preferiam os dois países interessados levar o caso a discussão a nível diplomático[38]. Falando em nome dos governos francês e italiano, afirmou o Sr. J. Ferry (aos 25 de setembro de 1872) ao ministro das Relações Exteriores da Grécia que no caso os recursos internos não eram suficientes e adequados

37 *In ibid.*, p. 500-501. E cf. também os casos *Lorando e Tubini* (1901), *in ibid.*, p. 453-455.

38 A. C., Kiss, *Répertoire Pratique Française*, III, p. 495.

e que a legislação interna (promulgada aos 27 de maio de 1871) não deixava à companhia qualquer recurso a ser esgotado[39].

5.2.1.3. Itália

A regra dos recursos internos foi mantida como condição básica prévia ao exercício da proteção diplomática em um *communiqué* de 1875 do Secretário-Geral do *Ministero degli Esteri* ao *chargé d'affaires* italiano em Assunção, o qual afirmava que antes de recorrer à proteção diplomática dever-se-ia primeiramente assegurar-se de que "la legislazione del paese non offre la via a regolari ricorsi giudiziari o che le autorità, con assoluto diniego di giustizia, hanno preclusa la via di tali ricorsi al reclaclamante straniero"[40]. O levantamento realizado em *La Prassi Italiana di Diritto Internazionale* contém exemplos de observância da regra dos recursos internos pelo governo italiano em sua prática sobre a matéria durante o século XIX[41]. Poder-se-ia fazer referência, *inter alia*, ao litígio com o governo brasileiro (em 1864-1865) com respeito a um contrato de uma companhia italiana responsável pela iluminação da cidade de Niterói[42] (cf. *infra*).

Em outro caso, afirmou o ministro italiano das Relações Exteriores que, como houvessem sido devidamente esgotados os recursos internos, ficava, portanto, autorizada a intervenção diplomática[43]. Mas além de tais casos de observância da regra dos recursos internos pelo governo italiano, ocasiões também houve no período em exame em que julgou o governo em questão des-

---

39 Cf. *Archives Diplomatiques*, 1874, v. III, p. 328-335, *cit. in* A. C. Kiss, *ibid.*, p. 495-497.

40 Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale – Consiglio Nazionale delle Ricerche. *La Prassi Italiana di Diritto Internazionale* (doravante citada como *Prassi Italiana*), Prima Serie (1861-1887), v. II. N.Y.: Oceana, 1970, p. 663.

41 Cf. casos relatados *in Prassi Italiana*, v. II, p. 666-668.

42 *Prassi Italiana*, II, p. 660-662.

43 *Ibid.*, p. 665.

necessário o esgotamento dos recursos internos: primeiramente, quando circunstâncias especiais (de dois casos distintos) desobrigavam os reclamantes do dever do esgotamento[44], e em segundo lugar, quando os recursos internos eram considerados ineficazes ou inexistentes[45], e ainda em caso de promulgação de legislação *ad hoc* nociva aos direitos adquiridos[46].

5.2.1.4. Suíça

Aos 4 de setembro de 1849, o Conselho Federal suíço afirmou que, nas relações da Suíça com outros países, "depuis très longtemps la règle de l'épuisement des recours internes fut connue et respectée par le gouvernement suisse"[47]. Mais de um século depois, em nota de 29 de setembro de 1972, declarou a Divisão de Assuntos Jurídicos do Département politique fédéral do governo suíço, em resposta a pedido de informação sobre como poderiam as autoridades suíças ajudar um cidadão suíço no exterior condenado à prisão pelos tribunais de um país estrangeiro a obter revisão de seu processo, que "quando praticável e onde pareça provável um recurso eficaz, todas as modalidades de recurso de revisão devem ser esgotadas antes que se torne apropriada a interposição diplomática"; a nota de 1972 prosseguia afirmando que "il est également impossible d'exercer la protection diplomatique tant qu'une procédure judiciaire est en cours ou lorsque cette procédure est reprise, comme c'est le cas ici. Pour ce seul motif déjà, la Suisse ne pourrait

44 Cf. *ibid.*, p. 662-665.

45 Cf. caso *in ibid.*, p. 667, cf. p. 666-667.

46 Declaração de 4 de dezembro de 1871 do ministro italiano das Relações Exteriores, *in Prassi Italiana*, II, p. 663.

47 *In Feuille fédérale suisse*, 1850-III; cf. *ibid.*, 1851-II, p. 464; 1859-I, p.266; 1864-I, p. 258; *cit. in* A Sarhan, *op. cit. supra* N. 12, p. 33.

pas intervenir par la voie diplomatique auprès des autorités"[48] do país em questão.

5.2.2. Exemplos da prática dos Estados americanos

5.2.2.1. Estados Unidos

Há ampla evidência, historicamente comprovável, da observância da regra do esgotamento dos recursos internos pelo governo dos Estados Unidos em sua prática no século XIX. Poder-se-iam mencionar nada menos de quinze casos pertinentes compilados por J. B. Moore[49], os quais consistentemente endossaram a regra dos recursos internos, tornando proeminente seu caráter *preventivo* em relação à interposição diplomática. Considerava-se que apenas em circunstâncias excepcionais tornar-se-ia desnecessário o esgotamento dos recursos internos: *e.g.*, onde fosse a justiça local deficiente ou inexistente, conforme exemplificado pelo muito citado pronunciamento do secretário de Estado Fish (de 29 de maio de 1873) segundo o qual "a claimant in a foreign State is not required to exhaust justice in such State when there is no justice to exhaust"[50]; ou onde os recursos internos não mais tivessem sido utilizados[51] ou ainda onde fossem considerados insuficientes[52].

48 *In* "La pratique suisse en matière de Droit international public, 1972" (de Lucius Caflisch), *in Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht/Annuaire suisse de droit international* (1973), p. 359-360. Sobre a recente prática dos Estados europeus, cf.: A. A. Cançado Trindade. L'épuisement des recours internes dans des affaires inter-étatiques. *Cahiers de droit européen*, v. 14, 1978, p. 139--157; A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies in Relation to Legislative Measures and Administrative Practices: the European Experience. *Malaya Law Review*, v. 18, 1976, p. 257-280; A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies in Inter-State Cases: the European Practice. Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, v. 19, 1978, p. 211-231.

49 J. B. Moore. *A Digest of International Law*, v. VI. Washington: Government Printing Office, 1906, p. 652--671.

50 J. B. Moore, *op. cit. supra* N. 49, v. VI, p. 677.

51 Cf. *ibid.*, p. 682.

52 *In ibid.*, p. 691. A única "exceção" ao princípio da reparação interna era em caso de denegação de

Tais casos, entretanto, compartilhavam a natureza de situações excepcionais, permanecendo inequívoca a regra geral segundo a qual deverá o estrangeiro ter esgotado todos os recursos internos disponíveis anteriormente à intervenção diplomática por parte de seu Estado; se não houver sido cumprido tal requisito, não estará o cidadão em questão habilitado a beneficiar-se da proteção diplomática[53].

A prática norte-americana do século XX aparentemente não sofreu quaisquer transformações substanciais com relação ao tema[54]. Em certa ocasião, por exemplo, uma companhia manufatureira norte-americana solicitou informação ao Departamento de Estado quanto à possibilidade de apresentação de reclamação junto ao governo russo concernente ao valor de bens supostamente destruídos por manifestantes, ao serem transportados por ferrovia na Rússia. Respondeu o Departamento de Estado (aos 22 de janeiro de 1908) que aparentemente não fora impetrada nos tribunais russos qualquer ação de indenização por perdas e danos; "na ausência de qualquer tentativa de assegurar reparação por meio de medidas judiciais, não haveria base suficiente que possibilitasse ou autorizasse o Departamento a patrocinar a causa diplomaticamente"[55]. Novamente em 1915 ressaltou o Departamento de Estado "a regra de direito internacional geralmente aceita" de que "a parte interessada deverá esgotar os seus recursos judiciais internos antes que se torne apropriada a intervenção diplomática"[56]. Em diversas oca-

justiça, ponto corroborado pela prática dos Estados Unidos no período em exame; cf. *ibid.*, p. 661 e 666-669.

53 Cf. vários casos ilustrando pontos diversos, *in ibid.*, p. 651-693.

54 Cf. o caso *Ferrara, in ibid.*, p. 672-675.

55 MS. Department of State, file 10877, *cit. in* G. H. Hackworth. *Digest of International Law*, v. V. Washington: Government Printing Office, 1943, p. 501.

56 *Cit. in* M. M. Whiteman. *Digest of International Law*, v. 8. Washington: Department of State Publ., 1970, p. 770.

sições subsequentes foi tal princípio expressamente reiterado pelo Departamento de Estado[57].

A estrita adesão da *policy* do governo norte-americano em matéria de reclamações ao princípio do prévio esgotamento dos recursos internos refletiu-se ainda na inclusão *expressa* da regra nas *Instruções Gerais aos Reclamantes* divulgadas em diferentes ocasiões pelo Departamento de Estado norte-americano[58]. Assim, em um memorando de 1º de março de 1961, reafirmava o Departamento de Estado norte-americano:

> *O requisito do esgotamento dos recursos judiciais baseia-se na regra de direito internacional geralmente aceita segundo a qual a responsabilidade internacional não poderá ser invocada em relação às perdas e danos*

57 In: M. M. Whiteman, *op. cit. supra* N. 56, v. 8, p. 771-772; G. H. Hackworth, *op. cit. supra* N. 55, v. V, p. 506. Para outros exemplos, cf. G. H. Hackworth, *op. cit.*, p. 505-507 e 510-511; M. M. Whiteman, *op. cit.*, p. 769-771; e cf. ainda outros exemplos de aplicação da regra dos recursos internos *in* E. M. Borchard. *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*. N.Y.: Banks Law Publ. Co., 1916, p. 817-832. Em um caso pendente perante os tribunais do Líbano em 1957, relativo a uma propriedade com interesses de herdeiros americanos, muito embora se alegasse denegação de justiça o Departamento de Estado norte-americano tomou a posição de que como o caso estava ainda pendente perante tribunais nacionais não era permissível uma interposição diplomática pelo governo norte-americano. Em suas instruções *à* embaixada americana em Beirute, o secretário de Estado Dulles declarou que uma alegação de denegação de justiça deveria ser corroborada de modo convincente e que o esgotamento de recursos judiciais disponíveis era um requisito prévio de uma "reclamação válida de denegação de justiça". In: M. M. Whiteman, *op. cit. supra* N. 56, v. 8, p. 772. Sobre as controvérsias entre os Estados Unidos e alguns países latino-americanos, particularmente o México, cf., *e.g.*, M. Koessler. Government Espousal of Private Claims before International Tribunals. *University of Chicago Law Review*, v. 13, 1946, p. 188.

58 *E.g.*, seção 8 das Instruções Gerais de 30 de janeiro de 1920, *cit. in* Clyde Eagleton. *The Responsibility of States in International Law*. N.Y.: New York University Press, 1928, p. 96 N. 4; par. 8. das instruções gerais de 1º de outubro de 1934, *cit. in* A. V. Freeman. *The International Responsibility of States for Denial of Justice*. London: Longmans, 1938, p. 411. Mas em parecer de 21 de julho de 1930, o assessor jurídico do Departamento de Estado indicou as circunstâncias excepcionais em que não era necessário esgotar os recursos internos, tais como, quando os tribunais internos simplesmente não administravam a justiça, ou quando os recursos internos não mais tivessem sido utilizados ou fossem insuficientes; G. H. Hackworch, *op. cit. supra* N. 55, v. V, p. 511, e cf. p. 519, e cf. também *supra*.

> *sofridos por estrangeiros até que tenham estes esgotados os recursos disponíveis de acordo com o direito interno*[59].

E, em parecer de 1965, a Comissão Jurídica Interamericana (cf. também *infra*) descreveu a posição do direito e prática norte--americanos relativos à questão do esgotamento dos recursos internos nos seguintes termos:

> *A implementação da responsabilidade do Estado no direito internacional subordina-se normalmente ao esgotamento, pelos indivíduos interessados, dos recursos a eles proporcionados pela legislação interna do Estado cuja responsabilidade encontra-se em questão*[60].

5.2.2.2. Canadá

A prática canadense sobre reclamações tem endossado, de forma consistente, a aplicação da regra dos recursos internos. Em resposta a um pedido de informações sobre uma ação de indenização contra o governo da Índia por lucro cessante relativo a interesses na Índia, afirmou o Subsecretário canadense das Relações Exteriores em 1964 que a intervenção diplomática não se poderia realizar até que fossem esgotados os recursos internos na Índia[61]. Em resposta a outro pedido de assistência (relativo a um projeto imobiliário nos Estados Unidos), declarou o subsecretário canadense naquele mesmo ano que "de acordo com a prática internacional já cristalizada não se justificaria uma intervenção por parte do governo canadense em casos em que existissem

59 O memorando dizia respeito a um caso de esgotamento de recursos internos por nacionais americanos em Cuba; texto in: *American Journal of International Law* (1962), p. 167.

60 OEA, documento OEA/Serv. I/VI 2 CIJ-78, de setembro de 1965, p.10-11.

61 In: "Canadian Practice in International Law During 1964 as Reilected in Correspondence and Statements of the Department of External Affairs" (doravante citada como *Canadian Practice*) (ed. A.E. Gotlieb), *in Canadian Yearbook of International Law* (1965), p. 326-327.

recursos internos disponíveis, e não esgotados”[62]. Similarmente, em um caso de uma reclamação canadense contra um país do leste europeu, o subsecretário foi do parecer (aos 18 de outubro de 1967) de que de acordo com princípios já cristalizados do direito internacional o requisito do prévio esgotamento de todos os recursos de direito interno deverá ter sido cumprido para que se justifique o patrocínio de uma causa por parte de um Estado através da intervenção diplomática em prol de um de seus cidadãos, contra um outro Estado[63].

Esse mesmo ponto de vista foi adotado pelo governo canadense em outras ocasiões[64]. Relativamente à prática canadense em geral em matéria de reclamações, o Departamento de Assuntos Exteriores canadense informava aos 19 de agosto de 1968 que

> *quando um cidadão canadense traz à nossa atenção uma reclamação prima facie válida contra um Estado estrangeiro, em relação à qual todos os recursos internos tenham em vão sido esgotados, poder-se-á decidir por uma intervenção informal através do exercício dos bons ofícios, ou formal através do patrocínio da causa de acordo com princípios do direito internacional bem estabelecidos*[65].

5.2.2.3. Estados latino-americanos

Um estudo da regra dos recursos internos na prática dos países latino-americanos durante o período em exame poderia

62 *Canadian Practice* – 1964, *in ibid.*, p. 327.

63 *Canadian Practice* – 1967, *in Canadian Yearbook of International Law* (1968), p. 263; cf. também *Canadian Practice* -1966, *in Canadian Yearbook of International Law* (1967), p. 265.

64 *Canadian Practice* – 1967, *cit. supra* N. 63, p. 264-265; cf. também *Canadian Practice* – 1969 (ed. J. A. Beesley), *in Canadian Yearbook of International Law* (1970), p. 359.

65 *Canadian Practice* – 1968 (ed. A. E. Gotlieb e J. A. Beesley), *in Canadian Yearbook of International Law* (1969), p. 314-315.

ser desenvolvido no contexto mais amplo do princípio do *dever de não intervenção*[66] consistentemente defendido por aqueles países. Estando tal tarefa além dos propósitos do presente estudo, limitaremos nosso exame à posição assumida pelos países latino--americanos com respeito à questão do esgotamento dos recursos internos em particular. Esse requisito foi invocado em diferentes casos de reclamações de estrangeiros na América Latina[67], assim como de reclamações de latino-americanos no exterior[68].

Em meados do século XIX tornara-se já prática corrente de alguns Estados latino-americanos promulgarem legislação fortalecendo o princípio do esgotamento dos recursos internos[69]. Em alguns casos (*e.g.*, a lei colombiana nº 145 de 1888, artigo 15) dispunha-se que em um contrato celebrado entre o governo e um estrangeiro dever-se-ia inserir uma cláusula segundo a qual deveria esse último "renunciar a qualquer pedido de proteção diplomática de seu país em tudo aquilo que dissesse respeito à execução do contrato, exceto em caso de uma denegação de justiça"[70]. Este foi apenas um dos muitos casos de aplicação da chamada cláusula Calvo, pela qual uma pessoa, ao concluir um contrato com um governo estrangeiro, concorda em não invocar a proteção diplomática de seu Estado para solucionar eventuais questões decorrentes da execução do contrato, e em submeter tais

66 Inter-American Juridical Committee, Opinion on *Contribution of the American Continent to the Principles of International Law that Govern the Responsibility of the State*, Majority Opinion, OEA, documento OEA/Ser.I/VI.2 - CIJ-61, de janeiro de 1962, p. 3-27.

67 *Ibid* p. 38; *Mémoire des relations extérieures de la Republique Argentine*, 1892, p. 500, *cit. in* J. M. Yepes. Les problèmes fondamentaux du droit des gens en Amérique. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 47, n. 1, 1934, p. 107-108; *Fontes Juris Gentium*, *cit. supra* N. 23, Série B, seção I, v. II, parte I, p. 507-509; e parte II, p. 370-372. Sobre a adesão do Peru à regra do esgotamento dos recursos internos, cf. documento transcrito *in Relatório..., op. cit. infra* N. 88, p. 19-20.

68 Ministério das Relações Exteriores. *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores* (1946-1951). MRE, ed. 1967, p. 539-542 (cf. *infra*).

69 OEA, doc. OEA/Ser. I/VI. 2 CIJ-61, de janeiro de 1962, p. 39; A. V. Freeman, *op. cit.*, *supra* n. (58), p. 458.

70 *Cit. in* J.M. Yepes, *op. cit. supra* N. 67, p. 106.

questões aos tribunais locais competentes em conformidade com o direito interno do Estado de residência[71].

A relação precisa entre a cláusula Calvo e a regra dos recursos internos tem gerado grande controvérsia. Em suma, tem-se de início afirmado que a cláusula Calvo, sendo uma estipulação sobre o esgotamento dos recursos internos, tornar-se-ia assim uma reafirmação supérflua da regra[72]. Tem-se também asseverado que a cláusula Calvo codifica a regra do esgotamento dos recursos internos[73]. De modo um tanto mais elaborado, tem-se mantido que, embora haja uma identificação da cláusula Calvo com a regra dos recursos internos, esta última opera como regra do direito internacional costumeiro, ao passo que a primeira gera para o estrangeiro uma obrigação, qual seja, a de obrigar-se sob a jurisdição territorial[74] (do Estado com o qual concluíra o contrato contendo a cláusula). Na verdade, ao excluir os pedidos de proteção diplomática, a cláusula Calvo torna a competência dos tribunais internos *exclusiva*, e não apenas *preliminar* como ocorre com a regra dos recursos internos[75]; admite-se, portanto – deixando de

71 C. Calvo. *Le droit international théorique et pratique*, 5ª ed. Paris: A. Rousseau ed., 1896, v. I, pars. 185--205, p. 322-351; v. III, pars. 1280-1297, p. 142-156: v. IV, par. 256, p. 231; e cf. também *ibid.*, v. I, par. 110, p. 267; v. III, par. 1278, p. 140.

72 P. Guggenheim. *Traité de droit international public*, v. II. Genève: Georg & Cie., 1954, p. 25-26; K. Lipstein. The Place of the Calvo Clause in International Law. *British Year Book of International Law*, 1945, p. 130--145; Ph.C. Jessup. *A Modern Law of Nations*. N.Y.: Macmillan, 1948, p. 111. *A contrario sensu*, E. Jiménez de Aréchaga. International Responsibility. In: M. Sörensen (ed.). *Manual of Public International Law*. London: Macmillan, 1968, p. 590-593; e cf. C. Sepúlveda. *Curso de Derecho Internacional Público*. 5ª ed. México: Ed. Porrúa, 1973, p. 233-234. Para um estudo detalhado do tema, cf. D. R. Shea. *The Calvo Clause*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1955, p. 1 ss.

73 A. Sarhan, *op. cit. supra* N. 12, p. 77.

74 C.H.P. Law, *op. cit. supra* N. 12, p. 127-130.

75 J. Chappez, *op. cit. supra* N. 12, p. 76; sugere o autor que a cláusula parece assim bem mais próxima a uma objeção de domínio reservado do que a uma objeção de não esgotamento de recursos internos. Para um estudo comparativo entre estas duas objeções, cf. A. A. Cançado Trindade. Domestic Jurisdiction and Exhaustion of Local Remedies: A Comparative Analysis. *Indian Journal of International Law*, v. 16, 1976, p. 187-218.

lado a proteção diplomática –, que a cláusula seja empregada em matéria contratual (subordinada ao direito interno e aos tribunais nacionais)[76].

Os anos derradeiros do século XIX testemunharam uma vasta prática de tratados requerendo o esgotamento dos recursos internos, em uma tentativa de se estabelecer limites ao exercício da proteção diplomática e de se reservar aos tribunais locais a competência para examinar todas as reivindicações legais. Dispositivos nesse sentido foram inseridos em vários tratados celebrados entre países latino-americanos e europeus[77] assim como países latino-americanos entre si[78]. Reconhecendo a configuração da responsabilidade do Estado por denegação de justiça, tais dispositivos no entanto enfatizavam "a necessidade de fazer uso dos recursos de direito interno em todos os casos em que danos houvessem sido causados a estrangeiros"[79].

Outro experimento (utilizado pelo México) consistia em estabelecer comissões de reclamações internas (em 1911) com a finalidade de julgar ações interpostas por estrangeiros[80]. Relativamente à solução de controvérsias, o artigo VII do Tratado Interamericano de Solução Pacífica de Controvérsias (o chamado

76 J. Chappez, *op. cit. supra* N. 12, p. 81-83; cf. também D. R. Shea, *op. cit. supra* N. 72, p. 258-268.

77 Cf. *sete* desses tratados enumerados *in* J. M. Yepes, *op. cit. supra* N. 67, p. 104-105 n. 1; cf. também C. P. Panayotacos *op. cit. supra* n. 12, p. 56 N. 39.

78 Cf. *onze* desses tratados in: J. M. Yepes, *op. cit. supra* n. 67, p. 103-104 N. 1.

79 A. V. Freeman, *op. cit. supra* N. 58, p. 495 e 490-491. Cf. também J. Irizarry y Puente. The Concept of "Denial of Justice" in Latin America. *Michigan Law Review*, v. 43, 1944, p. 386 n. 9 e 12, 387 n. 13, 388 n. 18, e 392-393. Mas cf., para *renúncia* da regra dos recursos internos, *e.g.*, A. H. Feller. *The Mexican Claims Commissions* (1923-1934). N.Y.: Macmillan, 1935, p. 34; F. K. Nielsen. *International Law Applied to Reclamations*. Washington: J. Byrne & Co., 1933, p. 70.

80 Com efeito, tais comissões nacionais – aplicando o direito internacional – têm sido utilizadas nos dois últimos séculos também fora da América Latina, havendo exemplos em que elas excluíram e deixaram de aplicar a regra do esgotamento dos recursos internos. E. M. Borchard, *op. cit. supra* N. 57, p. 818 n. 3; G. C. Thorpe. *Preparation of International Claims*. Kansas: Vernon-West Publ. Co., 1924, p. 33 e 26; R. B. Lillich. *International Claims: Their Adjudication by National Commissions*. N.Y.: Syracuse University Press, 1962, p. 71-75, 100; e também p. 5-40 para a prática de tratados.

Pacto de Bogotá de 1948) condiciona as representações diplomáticas (na proteção de cidadãos no exterior) ao prévio esgotamento dos recursos internos[81]. A prática dos Estados latino-americanos sobre o esgotamento dos recursos de direito interno deixou também os seus traços nas tentativas de codificação do direito relativo à responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros[82].

Mas uma atração maior que oferece o estudo da posição dos países latino-americanos em relação à regra dos recursos internos encontra-se em sua vasta prática de conferências internacionais, que deu origem a diversos instrumentos relevantes contendo asserções do princípio do esgotamento dos recursos internos[83]. Aos 25 de agosto de 1961, a Comissão Jurídica Interamericana divulgou parecer sobre a *Contribuição do Continente Americano para os Princípios do Direito Internacional Regendo a Responsabilidade do Estado*; o estudo limitava-se à prática dos países latino-americanos,

81 Texto *in* OEA, documento OEA/Serv. I/VI. 2 – CIJ-61, de 1962, p. 40. E cf. reservas da Argentina e dos Estados Unidos, *in Inter-American Juridical Yearbook* (1952-1954), p. 61, cf. p. 60-63, e demais comentários *in Inter-American Juridical Yearbook* (1955-1957), p. 96-97; A. Miaja de la Muela. El Agotamiento de los Recursos Internos como Supuesto de las Reclamaciones Internacionales. *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, 1963, p. 51-52; Jorge Castañeda. The Underdeveloped Nations and the Development of International Law. *International Organization*, 1961, p. 43.

82 Cf. principalmente: *Rapporteur* G. Guerrero (Subcomissão, 1926), "Report to the League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law", League of Nations doc. C.46.M.23.1926.V, *in* League of Nations. *Committee of Experts for the Progressive Codification on International Law*, v. II – Documents (ed. S. Rosenne). N.Y.: Oceana 1972, p. 116-117 e 127-128; cf. p. 118-131; F. V. Garcia Amador. First Report on State Responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, 1956-II, p. 205, § 169.

83 Cf. principalmente: Primeira Conferência (1889-1890): declaração de uma comissão de estudo; Segunda Conferência (1901-1902): artigo 3 de uma convenção sobre direitos de estrangeiros; Sexta Conferência (1928): artigo 2 de uma convenção sobre o *status* de estrangeiros; Conferência de 1933: artigo 11 da Convenção sobre os Direitos e Deveres dos Estados, e resolução adotada; Oitava Conferência (1938): propostas mexicanas ecoando a cláusula, Calvo e a doutrina Drago de proibição do uso da força para a cobrança de dívidas contratuais. Cf.: J. B. Scott (ed.). *The International Conference of American States* (1889-1928). London: Oxford University Press, 1931, p. 45-415; J. M. Yepes *op. cit. supra* N. 67, p. 93-111; I. Fabela. *Intervention*. Paris: Pédone, 1961, p. 156-168 e 178; OEA, documento OEA/ Ser.I/VI.2 – CIJ-61, de janeiro de 1962, p. 39. E sobre a formulação da doutrina Drago, cf. J. B. Scott (ed.). *The Hague Conventions and Declarations of* 1899 *and* 1907. 2ª ed. London: Oxford University Press, 1915, p. 89-91; J. M. Yepes, *op. cit. supra* N. 67, p. 61-62.

considerada pela Comissão em muitos aspectos distinta da prática norte-americana (esta última baseada em princípios defendidos pelos países europeus no século XIX, e não representando uma nova corrente). O parecer da maioria, de 1961, representava os pontos de vista de *dezesseis* países latino-americanos sobre a matéria, enquanto que os dos Estados Unidos foram consignados em parecer subsequente, emitido pela Comissão em 1965[84]. O parecer majoritário de 1961 subordinava enfaticamente todas as reclamações diplomáticas ao princípio do prévio esgotamento dos recursos internos, princípio este que, no continente americano, segundo o parecer, "é não meramente processual, mas substantivo"[85].

5.2.3. Exemplos da prática do Brasil

Dentre os inúmeros casos de reclamações envolvendo o Brasil[86], alguns podem ser selecionados como particularmente pertinentes ao estudo da regra dos recursos internos. Aos 17 de março de 1956, por exemplo, em nota do governo imperial à

84 Parecer da maioria, de 1961, *in* OEA, documento *cit.*, ref. CIJ-61, p. 37-41; cf. também *Yearbook of the International Law Commisson*, 1969-II, p. 129, par. 19. Para a oposição do governo dos Estados Unidos aos pontos de vista latino-americanos (na época em que o parecer da maioria estava sendo redigido), cf. *Department of State Bulletin*, 1959, p. 666-669. Parecer suplementar de 1965 (contendo os pontos de vista norte-americanos) *in* OEA, documento *cit.*, ref. CIJ-78, p. 1-12.

85 OEA, documento OEA/Ser. I/VI. 2 CIJ-61, de 1962, p. 37, cf. p. 37-41. Em seu primeiro relatório (em 1956) sobre a responsabilidade dos Estados à Comissão de Direito Internacional da ONU, Garcia Amador (*op. cit. supra* n. (82), p. 205, par. 169) endossou a tese mantida pela prática dos Estados latino-americanos de que não seria incompatível com o propósito essencial da regra do esgotamento dos recursos internos exigir que o estrangeiro faça uso de *todos* os recursos de direito interno – ressalvados casos de denegação de justiça – ou exigir que o Estado não exerça proteção diplomática de forma alguma se seus nacionais (no exterior) tiverem livre acesso aos tribunais locais; a aplicação da regra do esgotamento, de qualquer modo, estaria sujeita à condição de ser adequada a reparação. Sobre a jurisprudência da Corte Centro-americana de Justiça (1907-1917) acerca do esgotamento dos recursos de direito interno, cf. A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century. *Netherlands International Law Review*, v. 24, 1977, p. 376-377.

86 Cf., *e.g.*, as citadas *in* F. Saboia de Medeiros. *Precedentes Diplomáticos* (1889-1932). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1940, p. 285-286 e 278-279.

legação britânica, o Ministro José Maria da Silva Paranhos recusou--lhe indenização por supostos constrangimentos que teria sofrido um cidadão britânico, preso no Pará. Argumentou o Ministro de Estado que cabia ao indivíduo em questão fazer uso, de acordo com o direito nacional, dos recursos aos

> *juízes superiores, inclusive o de habeas corpus, que em poucas horas o livraria da prisão arbitrária ou ilegal. O cônsul britânico, interessado como naturalmente era pela imediata soltura ou absolvição do acusado, devia protegê-lo de conformidade com a legislação do país. Recorrer ao presidente da província para esse fim era pretender que o poder administrativo se ingerisse nas funções do poder judiciário, sustando um processo criminal, ou nele impondo o seu arbítrio. [...] Os inconvenientes a que em geral alude não provêm das leis nem das autoridades brasileiras, mas sim do erro em que muitas vezes caem alguns agentes consulares, querendo desviar os negócios do seu curso e jurisdição legal para convertê-los em questões internacionais [...]. A indenização não seria devida pelo governo imperial [...]. Os ofendidos podem por esses trâmites legais e ordinários promover a punição dos ofensores e haver deles a reparação a que tenham direito. [...] É esta mesma prática, conforme os princípios mais adiantados em matéria de direito público, que não permite ao governo imperial ingerir-se nos atos do poder judiciário, perturbar o seu curso e fazer-se dele responsável porque o paciente é um súdito estrangeiro a quem os agentes de sua nação entendam dever proteger por meios excepcionais*[87].

87 *Relatório da Repartição dos Negócios Estrangeiros* (apresentado à Assembleia Geral Legislativa na 4ª sessão da 9ª legislatura pelo respectivo ministro e secretário de Estado José Maria da Silva Paranhos). Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1856, Annexo H. p. 47-48, e cf. p. 45-46; cf. também

Posição semelhante foi tomada pelo governo brasileiro em outro caso que o opôs em 1895 à legação britânica, com base no argumento de que enquanto não forem

> *esgotados os meios administrativos ou judiciários que a legislação estabelece no intuito de proteger os direitos individuais ou de reparar alguma lesão de direito, a ação oficiosa diplomática não pode converter-se em ação oficial, que a denegação formal de justiça legitima e autoriza; uma é toda amistosa, a outra reveste-se de certa tensão nas relações diplomáticas. Dar à primeira os característicos da segunda, seria provocar em vez da cordialidade, o retraimento, despertando justas susceptibilidades do sentimento nacional. Não podem ser tais os intuitos da representação diplomática*[88].

Já em outro caso ocorrido em meados do século passado, em que um cidadão britânico encaminhara às autoridades competentes de seu país uma reclamação alegando rescisão de seu contrato com o governo brasileiro (relativo a uma ferrovia), foi o próprio *Queen's Advocate* (J. D. Harding) quem se encarregou de observar o preceito do prévio esgotamento dos recursos internos. Em parecer de 1858, em que admitia que o contrato a ser executado no Brasil deveria ser legalmente considerado como

---

José Manoel Cardoso de Oliveira. *Actos Diplomáticos do Brasil* (1493-1870), v. I. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio (de Rodrigues & Cia.), 1912, p. 208.

88 J. M. Cardoso de Oliveira. *Actos Diplomáticos do Brasil* (1871-1912), v. II. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio (de Rodrigues & Cia.), 1912, p. 217-218; cf. também, sobre o mesmo caso, *Relatório Apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil pelo ministro das Relações Exteriores* (Carlos Augusto de Carvalho). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1896, p. 12-13, e Annexo 1, n. 6, p. 14-15. Em outro caso opondo a legação britânica ao governo brasileiro, o da Companhia de Seguros *English Queen* (1875), o visconde de Caravelas rejeitou uma alegação de denegação de justiça, afirmando ao *chargé d'affaires* britânico que não poderia o governo imperial "ser compelido a indenizar a quem quer que se considere lesado por decisões injustas de tribunais, seja o reclamante nacional ou estrangeiro"; OEA, documento OEA/Ser. I/VI.2 – CIJ-61, de janeiro de 1962, p. 38; e cf. também J. M. Cardoso de Oliveira, *op. cit.*, v. II, p. 55-56.

um contrato brasileiro (e não britânico) e interpretado de acordo com o direito brasileiro, estranhou o consultor britânico que não tivesse o reclamante recorrido aos tribunais brasileiros, ainda mais que o direito brasileiro era reconhecidamente "favorável a seu caso"[89]. Concluiu Harding que, como não houvera o reclamante recorrido aos tribunais brasileiros, e como não se estabelecera e nem sequer se alegara que estivesse ele legalmente incapacitado de assim proceder, ou que não dispusesse de nenhum recurso legal no Brasil, não havia no caso fundamento algum que facultasse ao governo britânico intervir formalmente em seu benefício[90]. Em outra reclamação relativa ao Brasil, da firma britânica *Samuel Phillips & Co*., novamente invocou o consultor Harding o princípio do esgotamento dos recursos internos[91].

O mesmo princípio voltou a ser objeto de atenção em elucidativo caso envolvendo os governos brasileiro e italiano. Há mais de um século, uma companhia italiana responsável pela iluminação da cidade de Niterói alegou rescisão de contrato pelas autoridades locais e solicitou a intervenção do ministro italiano no Rio de Janeiro. O governo brasileiro declarou que a intervenção diplomática não seria permissível, uma vez que a companhia em questão deveria inicialmente esgotar os recursos de direito

89 *Law Officers Opinions*, v. 17, p. 9, cf. p. 5-9.

90 *Ibid.*, p. 9-15.

91 A firma solicitara proteção diplomática alegando "injustiça" sofrida perante tribunais brasileiros (julgamentos de tribunais civis ordinários relativos a custas e danos em ações). Em parecer de 1855, observou Harding que os reclamantes não indicaram se haviam recorrido contra o julgamento de que se queixavam; se porventura tivessem recorrido, qualquer interferência diplomática do governo britânico seria prematura (antes do esgotamento dos recursos internos); se não tivessem recorrido, o governo brasileiro certamente invocaria tal argumento em contencioso internacional. Por conseguinte, o caso não permitia interferência do governo britânico. Ademais, – acrescentou Harding – as alegações dos reclamantes diziam respeito a questões que dependiam do direito interno brasileiro. Excluída a possibilidade de proteção diplomática no caso, Harding só admitiu cogitar da possibilidade de uma aproximação "amigável e não oficial, ou indireta" junto ao governo brasileiro, para dar assistência aos reclamantes – no processo de esgotamento dos recursos internos – em caso de eventuais dificuldades materiais individuais. *Law Officers Opinions*, v. 16, p. 93-97.

interno[92]. O Ministro italiano de Relações Exteriores, relatando a esse respeito (em 1864) que a companhia *(Signor Bosisio)* tivera aparentemente encontrado dificuldades, examinou mais detalhadamente a perspectiva de uma solução judicial do caso de acordo com o direito brasileiro, enquanto o governo brasileiro mantinha seu ponto de vista de que a companhia deveria ter recorrido preventivamente aos tribunais internos[93]. O governo italiano encaminhou o assunto ao *Consiglio del Contenzioso Diplomatico*, que, em parecer de 1865, reconheceu a necessidade de se recorrer previamente aos tribunais internos ("la necessità del previo ricorso ai tribunali locali")[94]. Por conseguinte, o Ministro italiano de Relações Exteriores instruiu o Ministro italiano no Rio de Janeiro a "osservare che la vertenza abbia regolare corso nanti il Tribunale a cui fosse stata deferita dalle Parti"[95].

Diversos outros casos relativos ao Brasil ilustram a aplicação da regra dos recursos internos: nota de 1882 do governo brasileiro à legação britânica estipulando que o reclamante estava "obrigado a sujeitar-se como qualquer brasileiro às condições da organização interna do país"[96]; nota de 1897 do governo brasileiro à legação dos Estados Unidos declarando procedente taxa imposta a produtos americanos pelo inspetor da alfândega do Pará e indicando terem os reclamantes recorrido à intervenção diplomática "prescindindo dos meios ordinários que as leis facultam a nacionais e estrangeiros"[97];

92 *Prassi Italiana*, v. II (Prima Serie, 1861-1887), p. 660.

93 Cf. *ibid.*, p. 661.

94 *Parere del Consiglio del Contenzioso Diplomatico* (de 2 de abril de 1865), *in ibid.*, p. 661. Acrescentou o parecer que "avendo il governo del Brasile rimesso le parti al giudizio dei tribunali ordinarii, resterebbe sempre libero a quelle di opporre la incompetenza ed ai tribunali di dichiararla"; *cit. in ibid.*, p. 661.

95 *In ibid.*, p. 662, cf. p. 661-662. Instruiu, ademais, que se o tribunal se declarasse incompetente para decidir sobre o caso, dever-se-ia solicitar que a reclamação da companhia "siano conosciute e giudicate a termini di ragione dalla superiore autorità governativa" (*in ibid.*, p. 662).

96 J. M. Cardoso de Oliveira, *op. cit. supra* N. 88, v. II, p. 114.

97 *In ibid.*, p. 251.

nota de 1896 do Ministro brasileiro das Relações Exteriores ao Ministro britânico invocando a regra do prévio esgotamento de recursos internos[98], dentre outros exemplos em diferentes épocas[99].

Muito embora tivesse o Ministro brasileiro das Relações Exteriores reafirmado em termos inequívocos o princípio do esgotamento dos recursos internos ao expor em 1895 as diretrizes de seu governo no tratamento de reclamações estrangeiras[100], há também exemplos e casos sobre a matéria que não são tão claros como os já citados. O tribunal arbitral brasileiro-boliviano, instituído pelo tratado de Petrópolis de 1903 para ouvir reclamações provenientes de atos administrativos e fatos ocorridos em territórios permutados, previa (no artigo 5º do regimento interno) que as petições deviam conter *inter alia* "a declaração de não ter sido apresentada a reclamação a outro juízo ou tribunal, mencionando-se se foi paga

98 Cf. J. Irizarry y Puente, *op. cit. supra* N. 79, p. 386-388.

99 Como, *inter alia*, o do caso *H. Lowndes v. Banco do Brasil* (1897); Cf. *ibid.*, p. 392-393. Cf., ademais, parecer de 1951 de Levi Carneiro, consultor jurídico do Itamaraty; acerca de caso de reclamação de cidadão brasileiro por danos causados durante a guerra à sua propriedade em Roma; Ministério das Relações Exteriores, *op. cit. supra* N. 68, p. 539-542. O relatório de 1896 do ministro brasileiro das Relações Exteriores contém uma passagem em que se externaliza a preocupação em impedir os "excessos da intervenção diplomática", e se reafirma a regra de que os agentes diplomáticos ou consulares deverão abster-se de intervir, excetuados os casos de denegação de justiça após "esgotados os meios legais por parte dos interessados"; cf. *Relatório...*, *op. cit. supra* N. 88, p. 16-17, e cf. também p. 14 e Anexo 1, n. 7, p. 16. Sobre a livre apreciação das provas avançadas a respeito pelas partes, no processo arbitral Internacional, cf. as declarações do Conselho Federal Suíço no caso da *Fronteira da Guiana Francesa e do Brasil* (1900), cit. *in* Roger Pinto. L'organisation judiciaire internationale. *Juris--classeur de droit international*, fascicule 248, 1961, p. 8.

100 Ressalta a exposição *inter alia* que "o que (...) não pode ser proclamado como princípio dominante nas reclamações em favor de estrangeiros é que o poder judiciário seja posto de lado e que o executivo, substituindo-o, imponha ou aceite doutrinas de ocasião; o que (...) não pode ser aplaudido é a insistência para que se confundam as atribuições dos dois poderes, revelada assim mais ou menos discretamente certa desconfiança na eficácia dos poderes constitucionais". *Relatório Apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil pelo Ministro das Relações Exteriores* (Carlos Augusto de Carvalho). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1895, p. 92, e cf. p. 90-94 para outras ponderações a respeito; enquanto em muitos casos foi reconhecida a procedência das reclamações, em muitos outros foram as reclamações recusadas com indicação dos meios judiciais a serem utilizados pelos interessados.

alguma soma em dinheiro ou feita qualquer outra compensação, por conta do pedido"[101]. Na explicação de Hélio Lobo, tal dispositivo sobre a apresentação do pedido em outra instância destinava-se, além de melhor esclarecer as circunstâncias de fato e de direito do caso concreto, "a impedir um ressarcimento duplo de danos"[102]. No entanto, o artigo 5º do regimento interno do tribunal, ao estipular a condição da prévia apresentação da reclamação "a outro juízo ou tribunal", deixou de indicar expressamente se se tratava ou não necessariamente de instância interna ou nacional.

Nem todos os pedidos (prematuros) de proteção diplomática, relativos ao Brasil, resultaram na aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos. Casos houve cujo desfecho foi surpreendente (para fazermos uso de linguagem branda)... Assim, relata Cardoso de Oliveira uma reclamação atendida pelo governo brasileiro em 15 de maio de 1860 "por mera deferência à intervenção do governo americano"![103] Caso ainda mais estranho foi o da indenização do navio *Carolina* (Estados Unidos *vs*. Brasil, 1866-1867), retido em Santa Catarina; o governo norte-americano, conforme relata Clovis Bevilaqua, "não aceitou a proposta do governo brasileiro para submeter a questão a um juízo arbitral de uma potência amiga. Atentas as condições, em que se achava o Brasil, em luta com o Paraguai, e a intransigência do Sr. Webb[104], teve o governo que pagar a indenização reclamada, mas protestou que de nenhum modo reconhecia a responsabilidade que lhe era atribuída. Alegava-se, para justificar a indenização, que houvera fraude, que, aliás, não foi provada, do juiz de Santa Catarina, e intervenção ilegal e

101 *Cit. in* H. Lobo. *O Tribunal Arbitral Brasileiro-Boliviano*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910, p. 43; para o texto completo do regimento interno do tribunal, cf. p. 159-160.

102 *Cf. ibid*., p. 46 e 44; e cf. p. 137 (para um exemplo de alegação de denegação de justiça).

103 J. M. Cardoso de Oliveira, *op. cit. supra* N. 87, v. I, p. 280.

104 J. Watson Webb, Ministro norte-americano na época.

malévola do mesmo juiz, para embaraçar a execução da sentença do juiz de Santos. A honestidade do governo dos Estados Unidos não permitiu, porém, que a extorsão vingasse definitivamente, e, submetendo o caso a novo exame, convenceu-se da falta de fundamento para a reclamação, que, mal informado, apoiara, e restituiu, ao Brasil, a quantia recebida acrescida dos juros" de 6% ao ano![105]. Trata-se, pois, de caso em que o governo brasileiro, "considerando somente a alta conveniência de conservar as amigáveis relações com os Estados Unidos, resolvera sem prejuízo dos seus direitos satisfazer à indenização que fosse ajustada"[106].

O segundo meado do século XIX testemunhou, ademais, alguns casos de reclamações internacionais consideradas *improcedentes* pelo governo brasileiro, com fundamentos vários, outros que o do não esgotamento dos recursos de direito interno. Assim ocorreu com reclamações dirigidas ao governo imperial pelos representantes diplomáticos da Grã-Bretanha[107], França[108], Prússia e Alemanha do Norte[109], Estados Unidos[110]. Tal fato se repetiu em despacho de 22 de junho de 1900, do Ministério das Relações Exteriores, ao governador do Estado da Bahia, acerca de correspondência oficial com agentes diplomáticos estrangeiros referente a reclamações de nacionais de várias potências europeias[111].

Já em nota de 8 de abril de 1831, o Ministro dos Negócios Estrangeiros assegurava a proteção, por parte do governo imperial,

105 C. Bevilaqua. *Direito Público Internacional*, v. I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1910, p. 217-218.

106 J. M. Cardoso de Oliveira, *op. cit. supra* N. 87, v. I, p. 394, e cf. p. 393.

107 Nota do governo imperial de 8 de março de 1856, *in ibid.*, v. I, p. 207.

108 Nota do governo imperial de 7 de dezembro de 1859, in *ibid.*, v. I. p. 275.

109 Nota do governo imperial de 28 de janeiro de 1870, *in ibid.*, v. I, p. 429-430.

110 Nota do governo imperial de 9 de dezembro de 1861, *in ibid.*, v. 1, p. 302; nota do governo imperial de 26 de setembro de 1870, *in ibid.*, v. I, *p.* 441-442.

111 *In* J. M. Cardoso de Oliveira, *op. cit. supra* N. 88, v. II, p. 279-280.

de estrangeiros residentes na capital do Império, por ocasião da abdicação de Dom Pedro I[112]. Algumas das reclamações que se seguiram (Itália[113], Espanha[114]), foram solucionadas por *lump sum agreements*[115].

5.3. Conclusões

O estudo da prática dos Estados, muitas vezes negligenciado no presente contexto, é de fundamental importância para um entendimento adequado da regra dos recursos internos. Se na prática dos órgãos judiciais e arbitrais sobre a matéria aplicaram--se princípios jurídicos a fim de estabelecer a responsabilidade e determinar a medida de reparação pelos supostos danos, na prática diplomática, de modo distinto, têm-se defrontado os Estados litigantes com o mesmo objetivo. Embora possa haver um paralelismo imperfeito entre as duas práticas como fontes de direito na matéria, parece, no entanto, existir entre elas um certo equilíbrio na formação de regras costumeiras do direito internacional, para a qual ambas são igualmente importantes[116].

Mas se a jurisprudência dos tribunais internacionais sobre o tema possa vez por outra ter-se mostrado inconclusiva[117] (sem

112 *In* J. M. Cardoso de Oliveira, *op. cit. supra* N. 87, v. I, p. 115-116.

113 *In* J. M. Cardoso de Oliveira, *op. cit. supra* N. 88, v. II, acordo Brasil-Itália de 19 de novembro de 1896, p. 239.

114 *In* J. M. Cardoso de Oliveira, *op. cit. supra* N. 87, v. I, acordo Brasil-Espanha de 14 de maio de 1861, p. 292.

115 Mesmo assim, algumas reclamações foram excluídas de tais acordos; cf., *e.g.*, declaração nesse sentido de 19 de novembro de 1896, relativa ao acordo Brasil-Itália supracitado (da mesma data), *in* J. M. Cardoso de Oliveira, *op. cit. supra* N. 88, v. II, p. 239.

116 L. Reitzer. *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*. Paris: Sirey, 1938, p. 131-133.

117 J. H. W. Verzijl. *International Law in Historical Perspective*, v. VI. Leiden: Sijthoff, 1973, p. 634-636; cf. também p. 637-639 e 731-735.

falar nas correntes doutrinárias), a prática dos Estados parece fornecer indicações razoavelmente claras para uma compreensão do sentido, conteúdo e objetivos da regra do esgotamento dos recursos internos. Por muito que houvessem as decisões arbitrais e judiciais contribuído para clarificar alguns dos pontos mais obscuros relativos à incidência da regra dos recursos internos, é sempre recomendável que se proceda a tal estudo com uma visão clara do contexto histórico em que evoluiu a regra no decorrer dos séculos[118]. O exame da prática continuada[119] dos Estados pode em muito auxiliar nesse propósito.

O relato acima de vários casos relevantes demonstra o quanto a aplicação criteriosa da regra do esgotamento dos recursos internos por parte das Chancelarias de diversos países contribuiu para reduzir, ou evitar na medida do possível, as alternativas de recurso a medidas coercitivas e intervenção na solução de reclamações internacionais: pela aplicação da regra, insistiu-se na solução das controvérsias no âmbito do sistema jurídico interno do Estado em questão. Favoreceu a regra, assim, uma certa harmonia na conduta das relações internacionais. Com a frequente insistência dos Ministérios das Relações Exteriores dos Estados em soluções a nível de seu ordenamento jurídico interno, já em fins do século XIX e na passagem ao século XX dificilmente se poderia negar que a regra gradualmente se cristalizara em regra costumeira do direito internacional, o que hoje é inquestionável.

118 Particularmente em vista da influência aparentemente crescente de regras do direito internacional geralmente reconhecidas ou aceitas sobre a formulação da política exterior; cf. C.Th. Eustathiades. Evolution des rapports entre le droit international et la politique etrangère. In: *Melanges offerts à Henri Rolin*. Paris: Pédone, 1964, p. 80-92. Sobre o papel dos Ministérios das Relações Exteriores na observância ou não da regra dos recursos internos, cf. F. G. Dawson; I. L. Head. *International Law, National Tribunals and the Rights of Aliens*. N.Y.: Syracuse University Press, 1971, p. 23-24 e cf. p. 50.

119 Cf., nos anos recentes, *e.g.*, [Vários Autores]. J.-F. Flauss (ed.). *La protection diplomatique – Mutations contemporaines et pratiques nationales*. Bruxelles: Nemesis/Bruylant, 2003, p. 3-151.

Na prática dos Estados anteriormente examinada, particularmente a dos Estados latino-americanos, há alguma evidência de que a regra dos recursos internos, *no contexto* da *proteção diplomática*, se revestiu de um caráter substantivo[120], pelo qual a própria configuração da responsabilidade internacional de um Estado – para o exercício subsequente da proteção diplomática – subordinava-se ao prévio esgotamento de todos os recursos internos disponíveis. Os casos clássicos de incidência da regra devem, porém, ser distinguidos de dois outros tipos de situação.

Primeiramente, pode surgir uma disputa *diretamente* entre dois Estados (*e.g.*, por uma suposta violação direta do direito internacional causando dano imediato a um deles), em que dificilmente se poderia esperar que um Estado, em virtude de sua própria soberania – *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem* – tivesse que esgotar os recursos disponíveis no território do outro Estado. A advertência já fora formulada em 1737 por C. Bynkershoek[121]. E, conforme já indicado (*supra*), os casos clássicos de aplicação da regra dos recursos internos sempre tiveram uma origem *privada*, envolvendo uma reclamação de um particular, subsequentemente patrocinada por seu Estado, contra um Estado estrangeiro.

Outro tipo de situação, bem mais recente, ocorre quando um indivíduo que se considera lesado em seus direitos recorre a um órgão internacional contra o seu próprio país. Como o estudo do problema[122] ultrapassa os propósitos do presente exame, limitar-nos-emos a observar que, através de seu desenvolvimento histórico, o âmbito da regra dos recursos internos invariavelmente se limitou

120 Para um exame recente da natureza jurídica da regra, cf. capítulo VI, *infra*.

121 C. van Bynkershoek, *op. cit. supra* N. 7, p. 134-135, e cf. p. 133-137; e cf. observações subsequentes de E. de Vattel (em 1758), *in* E. de Vattel, *op. cit. supra* N. 9, v. II, p. 313.

122 Cf. A. A. Cançado Trindade. *The Rule* of *Exhaustion* of *Local Remedies in International Law*, *op. cit. supra* N. 3, v. I, p. 457-818; e v. II, p. 819-1498 e 1560-1680.

a situações relativas a estrangeiros (frequentemente mercadores, comerciantes ou companhias com vastos recursos materiais) residindo ou comerciando em outro Estado. Historicamente, os nacionais estiveram fora do âmbito de aplicação da regra dos recursos internos. A proposição de que a regra deveria *ipso facto* aplicar-se na nova situação, como tem-se aplicado no contexto da responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros, requer uma reavaliação cuidadosa.

Há aqui, no mínimo, uma presunção a favor da proteção dos direitos individuais fundamentais a ser exercida por órgãos *internacionais*, em contexto fundamentalmente distinto do da proteção ou intervenção diplomática discricionária nas relações puramente interestatais. A adoção da regra dos recursos internos pelas convenções e instrumentos internacionais contemporâneos relativos à proteção dos direitos individuais fundamentais[123] requer *não* seja ela aplicada com o mesmo rigor que no plano da intervenção diplomática[124]; nesse novo tipo de situação em que se torna irrelevante a nacionalidade como *vinculum juris* para o exercício da proteção, a regra tem claramente operado como uma

123 Cf., a nível global: resolução 1 (XXIV) de 13 de agosto de 1971, da (antiga) Subcomissão (da ONU) de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, artigo 4(b), conforme a resolução 1503 (XLVIII) do ECOSOC, de 27 de maio de 1970, artigo 6(b)(1): Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU, artigo 41(c); Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos, artigos 2 e 5(2)(b); Convenção Internacional da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, artigos 11(3) e 14(7)(a); Regulamento do Conselho de Tutela da ONU, regra 81. E, a nível regional: Convenção Europeia dos Direitos Humanos, artigos 26 e 27(3); Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, artigo 9(bis), (d); Regulamento da Comissão Interamericana, artigo 54; Convenção Americana dos Direitos Humanos, artigo 46(1)(a) e (2)(b).

124 Cf., nesse sentido, *e.g.*, A. A. Cançado Trindade. A Aplicação da Regra do Esgotamento dos Recursos Internos no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: *La Protección de los Derechos Humanos en las Américas – Libro Homenaje a la Memoria del Prof. C.A. Dunshee de Abranches*. Washington: Secretaria General de la OEA, 1984, p. 217-229; A. A. Cançado Trindade. A Regra do Esgotamento dos Recursos de Direito Interno na Jurisprudência da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos. In: S. de Figueiredo Teixeira (ed.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 369-391.

objeção de efeito dilatório ou temporal de natureza nitidamente *processual*.

Enfim, foi após uma longa evolução histórica que a regra do esgotamento dos recursos internos adquiriu a forma e as feições que nos são familiares em nossos dias, inclusive sua atual denominação. A esse respeito, tudo indica terem a prática e a doutrina anglo--americanas atribuído originalmente à regra um âmbito mais amplo do que o fizeram os países e autores da Europa continental e América Latina. A própria terminologia utilizada na definição da regra é uma indicação nesse sentido[125]. As expressões inglesas[126] mostraram-se mais abrangentes do que os termos continentais correspondentes[127]. É provável que, pelo menos originalmente, enquanto as expressões continentais abrangiam somente o *recours* jurisdicional (judicial e administrativo), os "meios de reparação" anglo-americanos compreendiam tanto os meios jurisdicionais quanto os não jurisdicionais[128]. Hoje, no entanto, após vasta prática internacional e numerosas decisões sobre a matéria, as expressões parecem ser empregadas como se fossem sinônimas[129].

125 A. Miaja de la Muela, *op. cit. supra* N. 81, p. 33 e 9; C. P. Panayotacos, *op. cit. supra* N. 12, p. 52; C. G. Ténékidès. L'épuisement des voies de recours internes comme condition préalable de l'instance internationale. *Revue de droit international et de législation comparée*, 1933, p. 520.

126 *Local redress rule e rule of exhaustion of local remedies.*

127 *Die Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe* (ou *Rechtsweges*); *la règle de l'épuisement des voies de recours internes; la regola del esaurimento del ricorsi interni; la regla del agotamiento de los recursos internos;* a regra do esgotamento dos recursos internos.

128 A. Sarhan, *op. cit. supra* N. 12, p. 11.

129 Assim, o termo *recours* tomado no sentido de *remedy* como elemento componente da regra dos recursos internos compreende não apenas os procedimentos jurisdicionais, i.e., os meios legais de se obter uma decisão judicial reparando a situação de que se queixa, mas também todos os outros procedimentos consistindo em submeter um ato ilícito "à une instance qualifiée à cet effet en vue d'obtenir selon les cas la cessation materielle de l'acte, sa non-application, l'effacement de ses conséquences, des réparations civiles, des sanctions pénales ou disciplinaires (...)". J. Velu. *Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions de droit européen*, relatório apresentado ao Colóquio de Bruxelas de 1975 sobre o tema central "*Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*", p. 26 (mimeografado).

CAPÍTULO 6
A DETERMINAÇÃO DO SURGIMENTO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS

Sumário: I. Introdução. II. O impasse na Conferência da Codificação da Haia de 1930. III. Teoria geral da regra do esgotamento dos recursos do direito interno no direito internacional. 1. Regra substantiva. 2. Regra processual. 3. Regra substantiva e processual. 4. Teorias explanatórias da regra do esgotamento dos recursos internos. a) Delito Internacional Complexo. b) *Dédoublement fonctionnel*. c) Regra de Conflito. d) Regra de Conveniência. IV. Avaliação Final e Conclusões.

6.1. Introdução

As origens e o desenvolvimento histórico da regra do esgotamento dos recursos internos no direito internacional remontam a passado distante, precedendo em muito a teoria da responsabilidade dos Estados[1]. Foi somente a partir da segunda metade do

1 Cf. A. A. Cançado Trindade. Origin and Historical Development of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law. *Revue belge de droit international*, v. 12, 1976, p. 499-527; e cf. Corte

século XIX que a regra evoluiu particularmente no contexto da responsabilidade dos Estados por danos causados a estrangeiros, onde veio a adquirir feições mais nítidas com que se tornou comumente conhecida em nossos dias. Um estudo do relacionamento entre a regra e o direito da responsabilidade dos Estados torna-se, portanto, de interesse não puramente histórico. A "relação íntima" entre ambos existente foi enfatizada pelo relator Verzijl na sessão de 1954 do *Institut de Droit International*, onde observou que "não era possível isolar" a regra do esgotamento dos recursos internos dos princípios de responsabilidade e proteção[2]. Diversos participantes da sessão compartilharam de tal parecer[3]; mas, se houve acordo geral quanto à existência daquela relação íntima, verificou-se diversidade de pontos de vista acerca do modo de abordá-la, desafiando a tentativa de sistematização jurídica desse tema do direito internacional.

O estudo do nascimento da responsabilidade internacional dos Estados pressupõe o exame da natureza jurídica da regra do esgotamento dos recursos do direito interno. As diversas teorias a esse propósito têm geralmente seguido duas correntes de pensamento: sustenta a primeira que a responsabilidade internacional se configura uma vez esgotados os recursos internos[4], enquanto a segunda defende seu início imediato a partir do momento da violação do direito internacional (sem o esgotamento

Permanente de Justiça Internacional (CPJI), caso da *Estrada de Ferro Panevezys-Saldutiskis*, Série A/B, n. 76, 1939, voto dissidente do juiz Van Eysinga, p. 36.

2 Declarações de J. H. W. Verzijl *in Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 45, 1954-I, p. 9-10 e 105.

3 Cf. declarações semelhantes de: Ago, *ibid.*, p. 44; Bourquin, *ibid.*, p. 51; Guerrero, *ibid.*, p. 68; Hackworth, *ibid.*, p. 72; Muûls, *ibid.*, p. 73; Perassi, *ibid.*, p. 76; Trias de Bes, *ibid.*, p. 82; Udina, *ibid.*, p. 83; Castberg foi o único a advogar ponto de vista diferente: Cf. *ibid.*, p. 66. Dois anos depois, ao se reiniciarem os debates do Instituto, a questão foi novamente enfatizada por: Verzijl. *A.I.D.I.*, v. 46, 1956, p. 2-3; Ago, *ibid.*, p. 26; Bourquin, *ibid.*, p. 29 e 280; Guggenheim, *ibid.*, p. 32; e Ch. de Visscher, *ibid.*, p. 309.

4 A causa de ação (a violação do direito internacional) coincidindo com o direito de ação (uma vez esgotados os recursos).

dos recursos internos)[5]. Tal violação constitui naturalmente pressuposto do nascimento da responsabilidade, mas enquanto para alguns ela acarreta a responsabilidade de imediato, para outros, isso não ocorre até se tenham esgotado devidamente os recursos do direito interno.

Em casos de incidência da regra do esgotamento de recursos, a suposta violação do direito internacional deve envolver danos causados a indivíduos; somente disputas privadas *ab initio*, mas subsequentemente "internacionalizadas" pelo Estado ao patrocinar a causa de seu nacional supostamente lesado no exterior, recaem no âmbito de aplicação da regra[6]. As duas correntes teóricas principais acerca da relação entre a regra do esgotamento e o nascimento da responsabilidade internacional do Estado derivam, como indicado, da consideração da natureza jurídica da regra como sendo de direito substantivo ou processual. Se se admite ser ela uma regra substantiva, tanto a responsabilidade do Estado quanto sua possível implementação por meio do exercício da proteção diplomática se configuram no mesmo instante, uma vez esgotados os recursos internos. Se se admite ser ela uma regra processual, embora coincida o nascimento da responsabilidade do Estado com o ato internacionalmente ilícito (e sua imputação ao Estado), não se permite a implementação da responsabilidade por meio da proteção diplomática até que se esgotem os recursos internos.

Ponto de partida apropriado para o estudo do problema reside nas tentativas iniciais de codificação da matéria, em particular a posição dos Estados e as correntes de opinião manifestadas

5 A causa de ação não coincidindo com o direito de ação; muito embora a responsabilidade já exista, só se pode dar prosseguimento à reclamação internacional depois do esgotamento dos recursos (regra de processo).

6 Cf. a esse propósito as observações pertinentes de: R. Ago. La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni in tema di responsabilità Internazionale. *Archivio di Diritto Pubblico*, v. 3, 1938, p. 233-235, esp. p. 234; Ch. de Visscher. Observations (sur la règle de l'épuisement des recours internes). *Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 46, 1956, p. 50.

no decorrer dos trabalhos da Conferência de Codificação da Haia de 1930, ponto marcante no desenvolvimento do tema. Examinaremos, a seguir, mais detalhadamente, as teses substantiva e processual da regra do esgotamento de recursos internos, o inter-relacionamento entre ambas, e as demais teorias explanatórias da regra, à luz da jurisprudência internacional e das versadas fontes doutrinárias.

6.2. O impasse na Conferência de Codificação de Haia de 1930

No período do entreguerras, considerável foi a preocupação com a natureza jurídica da regra do esgotamento de recursos por parte das associações científicas e dos juristas que examinaram ou tentaram codificar as regras do direito internacional regendo a responsabilidade dos Estados por danos causados a estrangeiros[7].

---

7 Em seu relatório sobre a responsabilidade dos Estados apresentado ao *Institut de Droit International* na sessão de Lausanne de 1927, o relator L. Strisower defendeu a teoria substantiva da regra do esgotamento de recursos internos em relação ao nascimento da responsabilidade internacional; *Annuaire I.D.I.*, v. 33, 1927-I, p. 472, 492, 494 e 498; e cf. p. 552-553 e 561-562 (artigo 15 do projeto de Convenção que propôs); cf. debates in *ibid.*, III, p. 111; e cf. o artigo 12 do projeto de resoluções do Instituto, *ibid.*, III, p. 334. O tópico da proteção diplomática foi reexaminado pelo Instituto na sessão de Cambridge de 1931 (relator Borchard, *A.I.D.I.*, v. 36, 1931-I, p. 256 ss.), mas nessa ocasião o Instituto não adotou resolução sobre o tema (cf. debates *in ibid.*, p. 479-529, e cf. observações in H. W. Briggs. *The Law of Nations*. 2ª ed. N.Y.: Appleton-Century-Crofts, 1952, p. 735). Quanto às demais tentativas concomitantes de codificação da matéria, cf.: artigo 2º do projeto de código de direito internacional contendo regras sobre a responsabilidade dos Estados adotado pela *Kokusaiho Gakkwai* (ramo japonês da *International Law Association*), *in* I. L. A. *Report of the Thirty-Fourth Conference*, 1926, p. 382-383; artigo 1(1) do projeto de tratado sobre a responsabilidade do Estado por atos ilícitos internacionais (1927) de autoria do professor Strupp, *in* Harvard Law School. *Research in International Law*, 1929, parte II, apêndice 8, p. 235-236; artigo 13 do projeto de convenção sobre responsabilidade dos Estados por danos causados a estrangeiros, preparado em 1930 pelo *Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht* (seção alemã da *International Law Association*), *in Yearbook of the International Law Commission* (1969)-II, anexo VIII, p. 150-151 (cf. também a reserva ao artigo 13, assim como o artigo 3(3) sobre a denegação de justiça); artigo 9 do projeto de convenção sobre a responsabilidade do Estado por atos ilícitos internacionais, preparado em 1932 pelo professor Roth, *in ibid.*, anexo X, p. 152; artigo 34 do projeto de A. Alvarez sobre os princípios do direito internacional, adotado – com emendas – em junho de 1935 pela *Académie Diplomatique Internationale*, *in* 16 *Revue de droit international*, 1935, p. 538, e cf. também *Yearbook of the International Law Commission*, 1956-II, anexo 10, p. 230; artigos 9-12 do projeto de convenção sobre a responsabilidade do Estado por danos a estrangeiros de Harvard (1929), *in* Harvard Law School. *Research in International Law* (*Nationality* –

Datam dessa época – fim da década de vinte e início dos anos trinta – um interesse especial no tema e a maior parte dos estudos mais significativos elaborados a seu respeito até fins do século XX (cf. *infra*). Talvez tenha aquela época presenciado o apogeu da regra do esgotamento de recursos *em relação à responsabilidade dos Estados por danos causados a estrangeiros;* no período que se seguiu parece ter havido certo declínio no interesse do assunto[8]. Posteriormente, entretanto, a partir da década de sessenta, o interesse no tema parecia novamente renascer, mas em contexto distinto: a ênfase do trabalho que veio a ser desenvolvido sobre a matéria pela Comissão de Direito Internacional da ONU não mais recaía na responsabilidade dos Estados por danos a estrangeiros, mas antes e mais amplamente sobre a responsabilidade por atos internacionalmente ilícitos[9]. A bibliografia jurídica especializada sobre a regra do esgotamento de recursos[10] que veio a florescer, distintamente da dos anos vinte e trinta, passou a voltar grande parte de sua atenção à incidência da regra no contexto distinto da proteção internacional dos direitos individuais.

Responsibility of States – Territorial Waters). Cambridge/Mass., 1929, p. 134; artigos 1 e 3 do projeto (n. 16) sobre proteção diplomática do *American Institute of International Law* (1925), *in Yearbook of the International Law Commission*, 1956-II, anexo 7, p. 227 (cf. também o artigo 4 sobre denegação de justiça).

8 Muito embora tenha o tema sido reexaminado pelo *Institut de Droit International* em 1954-1956 e, posteriormente, pela Comissão de Direito Internacional da ONU, em duas ocasiões, em 1956-1961 e a partir de 1969 (cf. *infra*).

9 Sobre a mudança de ênfase da Comissão para aspectos novos e mais relevantes do *corpus* da responsabilidade do Estado como um todo, cf. R. Ago. First Report on State Responsibility. *Yearbook of the International Law Commision*, 1969-II, p. 137 § 79: – "no passado, o tratamento de estrangeiros tornou-se central à teoria da responsabilidade dos Estados, mas no direito moderno incorre-se em responsabilidade menos pelo tratamento de estrangeiros do que por atos que possam trazer perigo à paz internacional".

10 Para uma ampla bibliografia, cf. A. A. Cançado Trindade, *The Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (Ph.D. Thesis), v. II, Universidade de Cambridge, 1977, p. 1700-1722 (circulação interna); A. A. Cançado Trindade. *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983, p. 422-440; A. A. Cançado Trindade. *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional.* 2ª ed. rev. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 267-297.

No período anterior, pode-se considerar o trabalho da Conferência de Codificação da da Haia ponto crucial ou decisivo para o estudo da matéria. Ainda que os resultados da Conferência tenham dado margem a críticas, seus trabalhos refletiram, no entanto, vasto corpo da prática dos Estados sobre a matéria, na tentativa de sistematizá-la e codificá-la, podendo igualmente ter influenciado alguns autores da época. O exame necessário dos trabalhos da Conferência sobre o tema compreende não apenas os debates de 1930, mas também os trabalhos preparatórios (1925-1929) a cargo da Comissão de Especialistas para a Codificação Progressiva do Direito Internacional.

Três documentos básicos, remetidos pela Comissão Preparatória aos governos, são particularmente relevantes para o estudo da natureza da regra do esgotamento de recursos: o *Relatório da Subcomissão* (1926) sobre a responsabilidade dos Estados, a *Lista de Pontos* e as *Bases de Discussão*. O primeiro desses documentos, mais comumente conhecido como o *Relatório de Guerrero*, endossou implicitamente a tese substantiva da regra do esgotamento de recursos[11]. Quanto à *Lista de Pontos* e às *Bases de Discussão*, deve-se observar preliminarmente que todo o trabalho da Conferência de Codificação da Haia acerca da regra do esgotamento se desenvolveu sob o título principal, e no sentido e contexto geral, do chamado direito da responsabilidade dos Estados por danos causados em seu território à pessoa ou propriedade de estrangeiros. Um dos problemas mais amplamente debatidos foi o da aplicação da regra do esgotamento em relação ao nascimento e à implementação[12] da

11 Liga das Nações, doc. C.46.M.23.1926.V, anexo ao questionário n. 4, parte VI. Mas cf. os pareceres subsequentes de J. G. Guerrero sobre a regra do esgotamento, transcritos *in Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 45, 1945-I, p. 67-68. E cf. os comentários sobre o relatório de Guerrero de 1926, de E. M. Borchard. Theoretical Aspects of the International Responsibility of States. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, v. 1, 1929, p. 223-250, esp. p. 237-238, 241-246 e 250; e cf. E. M. Borchard. *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*. N.Y.: Banks Law Publ. Co., 1916, p. 350 e 354.

12 Nem sempre os Estados compreenderam com clareza a distinção (nascimento e implementação da

responsabilidade internacional dos Estados[13] (com implicação direta para o problema da natureza da regra, se substantiva ou processual). A questão tornou-se objeto de muita atenção tanto por parte dos trabalhos preparatórios da Conferência (1928-1929) quanto pelos debates no decorrer da Conferência propriamente dita (1930)[14].

Em questionário enviado aos governos, a Comissão Preparatória indagou (Ponto XII da *Lista de Pontos*) se a implementação da responsabilidade dos Estados sob o direito internacional subordinava-se ao esgotamento, pelos indivíduos interessados, dos recursos disponíveis no direito interno do Estado cuja responsabilidade se questionava[15]. As respostas dos governos favoreceram de modo geral o parecer de que a responsabilidade estatal tinha início e se implementava somente após o esgotamento dos recursos internos[16]. Alguns governos preferiram não identificar

responsabilidade internacional), no contexto da incidência da regra do esgotamento dos recursos do direito interno; cf., *e.g.*, C. P. Panayotacos. *La règle de l'épuisement des voies de recours internes – en théorie et en pratique*. Marseille: Moullot, 1952, p. 37.

13 No presente contexto, dois outros tópicos muito debatidos foram o dos recursos internos a serem esgotados, e o das chamadas "exceções" à regra do esgotamento.

14 Quanto aos preparativos da Conferência em geral, cf. os materiais coletados *in League of Nations – Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law* (1925-1928), v. I e II (atas e documentos), N.Y.: Oceana, 1972.

15 Liga das Nações, doc. C.75.M.69.1929.V, *Bases of Discussion for the Conference Drawn up by the Preparatory Committee*, v. III, 1929, p. 136.

16 Cf., nesse sentido, as respostas dos governos da Alemanha, carta de 13 de dezembro de 1928, *in ibid.*, p. 136 e 171-172; Bélgica, carta de 12 de março de 1929, *ibid.*, p. 136 e 182; Bulgária, carta de 27 de janeiro de 1929, *ibid.*, p. 136 e 183; Japão, carta de 29 de novembro de 1928, *ibid.*, p. 138 e 213; Polônia, carta de 3 de janeiro de 1929, *ibid.*, p. 139 e 234; Finlândia, carta de 31 de outubro de 1928, *ibid.*, p. 137 e 195; Tchecoslováquia, carta de 21 de janeiro de 1929, *ibid.*, p. 139 e 250; Suíça, carta de 25 de janeiro de 1929, *ibid.*, p. 139 e 244; Grã-Bretanha, carta de 14 de novembro de 1928, *ibid.*, p. 137 e 206 (posição compartilhada pela Índia, carta de 4 de dezembro de 1928, *ibid.*, p. 137 e 209-210, e Nova Zelândia, telegrama de 3 de novembro de 1928, *ibid.*, p. 138 e 217); Canadá, resposta *in* L.d.N. doc. C.75a.M.69a.1929.V. p. 4; e, de certo modo hesitante ou menos categórico, os Estados Unidos, resposta *in ibid.*, p. 23; Hungria, carta de 29 de outubro de 1928, *in* L.d.N. doc. C.75.M.69.1929.V, p. 137 e 209. Quatro países (Itália, carta de 19 de novembro de 1928, *ibid.*, p. 137 e 211; Suécia, carta de 19 de novembro de 1928 *ibid.*, p. 139 e 237; Austrália, carta de 9 de janeiro de 1929 *ibid.*, p. 136 e 175; África do Sul, carta de 11 de dezembro de 1928, *ibid.*, p. 136 e 165) preferiram tão só responder afirmativamente à pergunta da Comissão, sem comentários ou qualificativos. Outros países (Dinamarca, carta de 5 de

sua posição quanto ao problema em questão[17]. Apenas uma resposta governamental negativa[18], até certo ponto compartilhada por outro governo[19], sustentou não proceder a asserção de que a responsabilidade do Estado se subordinava em princípio ao esgotamento dos recursos internos.

Desse modo, verificou a Comissão que existia, naquele estágio inicial, certo consenso geral entre os governos consultados sobre o problema em estudo. Prevaleceram as respostas afirmativas ao Ponto XII que, na observação da Comissão, confirmavam-se na prática por tratados celebrados para arbitragem compulsória[20]. Com base nas respostas dos governos, a Comissão Preparatória parece não ter encontrado muita dificuldade para chegar à formulação da Base de Discussão nº 27 para a Conferência nos seguintes termos:

> *Dispondo o estrangeiro de recurso legal diante dos tribunais do Estado (termo que inclui tribunais administrativos), pode o Estado requerer que qualquer questão de responsabilidade internacional permaneça suspensa até que seus tribunais tenham proferido sua decisão final*[21].

novembro de 1928, *ibid.*, p. 136-137 e 190; Holanda, carta de 10 de dezembro de 1928, *ibid.*, p. 138 e 224) submeteram respostas um tanto quanto complexas, parecendo desafiar qualquer tentativa de classificação; cf. também: Egito, carta de 28 de julho de 1928, *ibid.*, p. 137 e 192-193.

17 Cf. Chile, carta de 23 de agosto de 1928, *ibid.*, p. 183-184; França, carta de 7 de dezembro de 1928, *ibid.*, p. 197-200; Irlanda, carta de 3 de novembro de 1928, *ibid.*, p. 210; Romênia, carta de 26 de novembro de 1928, *ibid.*, p. 235-236.

18 Áustria, carta de 30 de outubro de 1928, *ibid.*, p. 136 e 180.

19 Noruega, carta de 8 de dezembro de 1928, *ibid.*, p. 138 e 216.

20 Cf. *ibid.*, p. 139, excetuados algumas dificuldades e desacordos ou diferenças de menor importância indicados pelos governos para certos casos particulares.

21 E mais: “Esta regra não exclui a aplicação dos dispositivos das Bases de Discussão n. 5 e 6” *Ibid.*, p. 139; cf. texto das Bases de Discussão n. 5 e 6 *in ibid.*, p. 48 e 51, respectivamente.

Dificuldades reais vieram a surgir no transcorrer dos debates da Conferência propriamente dita em 1930[22]. Percebeu-se logo a importância da relação entre a regra do esgotamento de recursos e a responsabilidade internacional dos Estados quando, *e.g.*, o delegado de Portugal, assim que iniciados os debates, referiu-se ao problema da determinação do momento em que se tornava o Estado internacionalmente responsável como o *punctum pruriens* da questão em discussão[23]. De fato, no início imediato dos debates de 21 de março de 1930 da Terceira Comissão, verificou-se certa insatisfação com relação ao texto da Base de Discussão nº 27, ao qual efetivamente se introduziram emendas (como uma importante emenda proposta pela delegação belga)[24], com o propósito de *especificar* que só se poderia *invocar* a responsabilidade do Estado, uma vez esgotados todos os recursos internos[25]. Esse ponto especificamente foi também enfatizado pelo relator De Visscher[26].

A partir daí desenvolveu-se entre as delegações presentes grande divergência de opiniões acerca do problema, a ponto de alguns representantes confessarem abertamente sua "confusão" a respeito daquela questão complexa, que talvez "ainda não estivesse suficientemente amadurecida para uma tomada de decisão"[27]. Mas mesmo das incertezas que se seguiram foi possível extrair ou

22 Para os propósitos de nosso estudo, os debates cruciais foram os que tiveram lugar na III Comissão, em sua quinta reunião de 21 de março de 1930, sexta reunião de 22 de março de 1930, décima-quarta reunião de 3 de abril de 1930 – quando a regra do esgotamento dos recursos internos tornou-se o problema central em discussão. Cf. Liga das Nações, doc. C.351c.M.145c.1930.V, *Acts of the Conference for the Codification of International Law* (doravante citado como "Acts"), v. IV, *Minutes of the Third Committee*, 1930, p. 59-81 e 162-170.

23 *Acts – Minutes of the Third Committee*, *op. cit. supra* N. 22, p. 61, e cf. p. 62; cf. também as observações dos delegados grego e francês, *ibid.*, p. 66.

24 Quanto às emendas das delegações belga e mexicana, Cf. *ibid.*, p. 203 e 223, respectivamente.

25 Cf. os comentários versados de J. G. Guerrero. *La codification du Droit International*. Paris: Pédone, 1930, p. 134-135.

26 *Acts – Minutes of the Third Committee*, *op. cit. supra* N. 22, p. 63-64.

27 Declarações dos delegados da Itália e da França, *ibid.*, p. 74 e 71, respectivamente.

discernir algumas correntes de pensamento; a controvérsia básica durante os debates da III Comissão pôde com efeito ser mais claramente ilustrada pelas teses divergentes das delegações grega e holandesa.

Em suma, o representante grego, sr. N. Politis, defendeu a tese de que somente após o esgotamento completo de todos os recursos internos poder-se-ia na prática invocar a responsabilidade do Estado, e esse requisito prévio constituía não somente uma garantia para o Estado como também um modo de evitarem disputas desnecessárias (parecer compartilhado por outras delegações)[28]. Objetando que tal teoria impossibilitaria a ação diplomática, o delegado holandês, sr. Limburg, sustentou a tese oposta de que, enquanto que a iniciação do processo – uma questão adjetiva – poderia permanecer dependente do esgotamento dos recursos internos, a ação propriamente dita surgia – *actio nata est* – "no próprio momento da ocorrência do fato envolvendo a responsabilidade do Estado" (ponto de vista igualmente apoiado por outras delegações)[29].

Tornou-se claro desde o início que o âmago da questão residia no problema clássico, não resolvido pela doutrina jurídica, do momento do surgimento da responsabilidade (para o propósito de sua invocação) – se após esgotados os recursos do direito interno (a regra do esgotamento sendo assim de natureza substantiva), ou se no momento do cometimento do ilícito internacional (a regra assim se revestindo de natureza processual), anteriormente ao exercício da proteção diplomática. Os Estados participantes nem

---

28 *In ibid.*, p. 66-67; foi semelhante a posição dos delegados da Espanha, *ibid.*, p. 64-65; Egito, *ibid.*, p. 64; México (opondo-se vigorosamente à tese holandesa), *ibid.*, p. 72; Colômbia, *ibid.*, p. 78; Romênia, *ibid.*, p. 77 (apoio expresso à tese grega endossada pela Espanha e pelo Egito); França, *ibid.*, p. 65-66.

29 *In ibid.*, p. 68-69; e, de maneira semelhante: El Salvador, *ibid.*, p. 80-81; Japão, *ibid.*, p. 79 (apoio expresso à tese holandesa); Itália *Ibid.*, p. 75; *Alemanha, ibid.*, p. 79-80 (a regra do esgotamento como regra de processo). As intervenções anglo-americanas tentaram "acomodar as duas correntes de pensamentos"; cf. Reino Unido, *ibid.*, p. 69/70, e Estados Unidos, *ibid.*, p. 73-74, e cf. p. 166.

sempre compreenderam claramente a própria distinção básica entre o nascimento e a implementação da responsabilidade dos Estados (em relação à regra do esgotamento dos recursos internos), muito embora jamais se tenha pretendido – conforme indicam os trabalhos preparatórios da Conferência – discutir a questão do nascimento da responsabilidade dos Estados *in abstracto*, mas sim debatê-la para os propósitos de sua implementação nas relações internacionais. No qual a grande importância da regra do esgotamento dos recursos internos nesse contexto.

Os desacordos e controvérsias reinantes a tal ponto se acentuaram que, ao término dos debates de 21 de março de 1930, o relator De Visscher (Bélgica) julgou necessário ou indicado declarar em linguagem conciliadora:

> *Penso podermos estar todos de acordo em que nenhuma reclamação pode ser apresentada, e nenhuma responsabilidade invocada, até que se tenham esgotado os recursos. [...] Do ponto de vista prático, necessitamos considerar tão somente as condições sob as quais se pode invocar a responsabilidade, e podemos abster-nos de continuar um debate acerca das circunstâncias em que a responsabilidade surge ou existe. A relevância dessa questão é em grande parte teórica*[30].

Desse modo, o relator recomendou se fixasse a atenção no ponto em que parecia ter-se chegado a um acordo.

Mas como, no entanto, diferenças fundamentais persistiram, submeteu-se o assunto a uma Subcomissão[31], que redigiu o texto (revisto por uma Comissão de Redação) da *Base de Discussão* nº 27, estipulando *inter alia* que "*não se pode invocar* a responsabilidade

30 *In ibid.*, p. 69.

31 Conforme proposição nesse sentido do Sr. Guerrero (El Salvador); cf. *ibid.*, p. 72.

do Estado relativa à reparação de dano causado a estrangeiro até que se tenham esgotado os recursos do direito interno do Estado de que dispõe a pessoa lesada"[32]. Aos 3 de abril de 1930, explicou o relator De Visscher que o princípio do esgotamento dos recursos internos era considerado "uma regra absolutamente fundamental da responsabilidade internacional" e que o único objetivo da subcomissão, ao elaborar o presente texto, era o de "determinar o momento em que a ação poderia se iniciar, e a reclamação internacional tornar-se operante. Nenhum parecer definitivo se expressou quanto ao momento do surgimento da responsabilidade internacional. Essa questão permanece ainda inteiramente reservada"[33].

O texto da *Base de Discussão* nº 27 (*supra*), malgrado algumas objeções[34], foi finalmente adotado naquele dia[35]; não se deveria, entretanto, exagerar o significado desse fato, pois os registros demonstram que, mesmo pouco antes da votação, persistiam incertezas entre algumas delegações[36]. Os trabalhos da Conferência de Codificação relativos ao problema específico sob exame estavam, pois, longe de ser conclusivos. Chegou-se mesmo a sugerir que, dos três temas gerais principais da Conferência[37], o da responsabilidade dos Estados foi possivelmente o que menos sucesso logrou obter[38].

32 Texto *in ibid.*, p. 162; esse texto corresponde ao artigo 4 dos artigos do projeto de convenção adotados pela III Comissão da Conferência.

33 *In ibid.*, p. 162.

34 Cf. *ibid.*, p. 162-169, esp. p. 163-164 e 135 para os comentários do Sr. Guerrero.

35 Cf. *ibid.*, p. 169.

36 Cf., *e.g.*, as intervenções dos delegados da Espanha, *ibid.*, p. 165; El Salvador, *ibid.*, p. 164; e Suíça, *ibid.*, p. 164.

37 "Nacionalidade" (I Comissão), "águas territoriais" (II Comissão) e "responsabilidade dos Estados" (III Comissão).

38 R. P. Dhokalia. *The Codification of Public International Law*. Manchester: University Press/Oceana, 1970, p. 125.

Quanto à razão das dificuldades encontradas pela III Comissão da Conferência de 1930, talvez procedesse a observação do delegado francês de que o assunto poderia não estar ainda suficientemente "maduro" para codificação[39]. Todavia, a responsabilidade dos Estados constava dos tópicos escolhidos para o trabalho de codificação, constituindo-se em tema que, juntamente com o dos direitos e deveres dos Estados, se supunha dominar, "de muito alto, toda a edificação do direito internacional"[40]. Apesar do aparente idealismo inspirador de alguns internacionalistas da época, os debates da Conferência sobre o tema em questão, já em si controverso, não raro revelaram seus pronunciados fatores políticos subjacentes[41]. Dificilmente se poderia esperar outra coisa de uma discussão da regra de esgotamento de recursos para o propósito da determinação do momento em que a interposição diplomática seria "permitida" sob o direito internacional... E a prática dos Estados sobre a matéria prontamente eliminou qualquer pretensão de sacro-santidade ou absolutismo do princípio do esgotamento dos recursos internos... Aos 4 de abril de 1930, dezessete países chegaram à conclusão de que os artigos (do projeto de Convenção) propostos pela III Comissão lhes eram insatisfatórios (contrastando com 21 votos de aprovação); a III Comissão não logrou completar seu estudo e não submeteu conclusões à Conferência[42].

39 *Acts – Minutes of the Third Committee*, *op. cit. supra* n. (22), p. 71.

40 J. G. Guerrero, *op. cit. supra* N. 25, p. 87-88. Para um relato histórico da escolha de temas prioritários para codificação, cf. S. Rosenne (ed.), *op. cit.*, v. I (*Introduction*), p. XXIX a CIV, esp. p. XLI-XCV.

41 Cf., *e.g.*, os pronunciamentos e as situações hipotéticas levantadas pelo representante holandês (defendendo o nascimento da responsabilidade estatal no momento da ocorrência do fato envolvendo a responsabilidade) e pelo delegado mexicano (advogando a tese oposta de subordinação do nascimento da responsabilidade internacional ao prévio esgotamento dos recursos legais internos); *Acts – Minutes of the Third Committee, op. cit.*, p. 68-69 e 73-75.

42 *Ibid.*, p. 190; e R. P. Dhokalia, *op. cit. supra* N. 38, p. 126 e n. 2. Quanto às razões a que se atribuiu tal fracasso, cf. *ibid.*, p. 125; J. G. Guerrero, *op. cit. supra* N. 25, p. 91-92 e 149-152; E. M. Borchard. Responsibility of States, at the Hague Codification Conference. *American Journal of International Law*, v. 24, 1930, p. 538-540.

No entanto, àquela altura tinha o assunto se tornado alvo de muita reflexão, provavelmente destinada a influenciar desenvolvimentos subsequentes. Talvez ainda mais importante fosse o fato de que os aspectos do tópico do esgotamento de recursos internos discutidos na Conferência já tivessem anteriormente evoluído de modo mais ou menos uniforme na prática dos Estados sobre a matéria[43]. Reside aqui talvez o aspecto mais importante dos debates da Terceira Comissão sobre o assunto, refletindo não apenas os diversos matizes das correntes doutrinárias como também a prática estatal antecedente sobre a regra do esgotamento dos recursos internos.

Um exame cuidadoso do trabalho da Conferência como um todo revela que a tese substantiva da regra parece ter angariado mais apoio do que a tese processual. Com efeito, em síntese, a maior parte das delegações presentes à Conferência prestou apoio à tese substantiva. Nos preparativos das *Bases de Discussão* para a Conferência (1928-1929), Alemanha[44], Bélgica[45], Bulgária[46], Tchecoslováquia[47], Japão[48], Polônia[49], Canadá[50], Finlândia[51] e Grã-Bretanha[52] afirmaram claramente que, em princípio, a responsabilidade dos Estados sob o direito internacional subordinava-se ao

43 Cf., nesse sentido, C. P. Panayotacos. *La règle de l'épuisement des voies de recours internes – en théorie et en pratique, op. cit. supra* N. 12, p. 90.

44 Liga das Nações, doc. C.75.M.69.1929.V, p. 136 e 171-172.

45 *Ibid.*, p. 136 e 182.

46 *Ibid.*, p. 136 e 183.

47 *Ibid.*, p. 139 e 250.

48 *Ibid.*, p. 138 e 213.

49 *Ibid.*, p. 139 e 234.

50 Liga das Nações, doc. C.75a.M.69a.1929.V, p. 4.

51 Liga das Nações, doc. C.75.M.69.1929.V, p. 137 e 195.

52 *Ibid.*, p. 137 e 206.

prévio esgotamento, pelos indivíduos interessados, dos recursos do direito interno; as quatro últimas delegações acrescentaram que tais recursos deveriam ser eficazes. Somente a Áustria[53] e a Noruega[54] esposaram a tese processual da regra do esgotamento de recursos internos.

Pouco depois, já no transcorrer dos debates da Terceira Comissão da Conferência em 1930, o parecer de que a regra do esgotamento era substantiva, condicionando o próprio nascimento da responsabilidade internacional, recebeu o apoio dos delegados da Grécia (Politis)[55], Espanha (Vidal)[56], Egito (Badaoui Pacha)[57], México (Suarez)[58], Colômbia (Urrutia)[59], Romênia (Sipsom)[60] e França (Matter)[61]. Por outro lado, sustentaram a tese processual da regra os delegados da Holanda (Limburg)[62], Itália (Giannini)[63], e – diferindo das respostas anteriores de seus governos respectivos para formar as *Bases de Discussão* da Conferência (cf. *supra*) – os representantes da Alemanha (Richter)[64] e do Japão (Nagaoka)[65].

53 *Ibid.*, p. 136 e 180.

54 *Ibid.*, p. 138 e 216.

55 *Acts – Minutes of the Third Committee*, *op. cit. supra* N. 22, p. 66.

56 *Ibid.*, p. 64-65.

57 *Ibid.*, p. 64.

58 *Ibid.*, p. 72.

59 *Ibid.*, p. 78.

60 *Ibid.*, p. 77.

61 *Ibid.*, p. 65-66. Parecem ter também compartilhado desse ponto de vista, com certos qualificativos, os delegados da Grã-Bretanha (Beckett) e dos Estados Unidos (Hackworth); cf. *ibid.*, p. 70, e 73-74 e 166, respectivamente.

62 *Ibid.*, p. 67-68.

63 *Ibid.*, p. 75.

64 *Ibid.*, p. 79/80.

65 *Ibid.*, p. 79.

Este impasse foi fatal aos trabalhos da Conferência sobre a responsabilidade dos Estados. Como posteriormente confessou um de seus ativos participantes, as incertezas em que incorreram muitas delegações entre as questões distintas do nascimento e da implementação da responsabilidade dos Estados e a polarização das delegações nos dois campos opostos da regra do esgotamento dos recursos internos – um mantendo que a responsabilidade internacional dos Estados surgia somente após o esgotamento de tais recursos, outro sustentando que a responsabilidade tinha início no momento da concretização do ato ilícito – constituíram "indubitavelmente" as principais razões do "fracasso" da Conferência de Codificação da Haia de 1930[66]. Examinado esse episódio, podemos passar agora a uma análise mais detalhada das duas teses principais acerca da natureza jurídica da regra do esgotamento dos recursos internos, com atenção voltada mais particularmente à jurisprudência internacional e aos pareceres de especialistas.

6.3. Teoria geral da regra do esgotamento dos recursos do direito interno no direito internacional

6.3.1. Regra substantiva

Já a jurisprudência internacional da segunda metade do século XIX[67] e primeira metade do século XX[68] consagrava a tese substantiva da regra do esgotamento dos recursos internos, em que,

66 Declarações de J. G. Guerrero transcritas *in Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 45, 1954-I. p. 67.

67 Caso *Cotesworth e Powell* (Comissão Arbitral Anglo-Colombiana, 1875), *in* J. B. Moore. *History and Digest of International Arbitrations*, v. II. Washington: Govt Printing Office, 1898, p. 2057; caso *Benjamin Burn vs. México* (1876), *in ibid.*, v. III, p. 3140.

68 Caso *Costa Rica vs. Nicarágua* (Corte Centroamericana de Justiça, 1916), *in* M. O. Hudson. *International Tribunals – Past and Future*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1944, p. 85; caso da *Mexican Union Railway* (Comissão de Reclamações Anglo-Mexicana, 1930), *in 5 U.N. Reports of International Arbitral Awards*, p. 122.

e.g,, se baseou a Polônia no caso da *Administração do Príncipe Von Pless* (1933) diante da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI)[69]; expressão clássica da tese substantiva encontra-se no voto dissidente do juiz Hudson no caso da *Estrada de Ferro Panevezys--Saldutiskis* (1939): "Nenhuma responsabilidade internacional pode surgir até que se esgotem os recursos internos disponíveis"[70]. Posteriormente, o governo suíço procurou basear-se nessa teoria no caso *Interhandel* (1959) diante da Corte Internacional de Justiça (CIJ)[71], em que o juiz Córdova declarou que "não se pode considerar um Estado internacionalmente responsável antes que seus tribunais tenham proferido sua decisão final, pela simples e pura razão que o dano ainda não se consumou"[72]. Outra asserção judicial do caráter substantivo da regra do esgotamento dos recursos internos encontra-se no voto dissidente do juiz Morelli no caso da *Barcelona Traction* (exceções preliminares, 1964)[73].

A tese substantiva foi em diversas ocasiões advogada por Borchard[74], e consequentemente também endossada pelo Programa

69 CPJI, Série C, n. 70 (Audiências, Argumentos Orais, Documentos), 1933, p. 135, e cf. também p. 239--240.

70 CPJI, Série A/B, nº 76, 1939, voto dissidente do juiz Hudson, p. 47, e cf. p. 16, 45 e 48.

71 Caso *Interhandel*, *ICJ Reports* (1959); Audiências, Argumentos Orais, Documentos ("observações da Suíça"), p. 403, e vd. p. 402-406. Cf. também os argumentos da França no caso dos *Empréstimos Noruegueses*. *ICJ Reports*, 1957; Audiências, Argumentos Orais, Documentos ("observações do governo francês"), v. I, p. 182 e 185-186.

72 Caso *Interhandel* (exceções preliminares). *ICJ Reports*, 1959, explicação de voto de Córdova, p. 45/46.

73 Caso da *Barcelona Traction* (exceções preliminares). *ICJ Reports*, 1964, voto dissidente do juiz Morelli, p. 114: – "(...) A regra do esgotamento dos recursos internos, como princípio do direito internacional geral, é na minha opinião substantiva e não processual"; cf. também p. 115 e 110-111.

74 E. M. Borchard, "Theoretical Aspects...", *op. cit., supra* N. 11, p. 237-240: "(…) a utilização do recurso interno não constitui simplesmente condição de interposição como questão processual, mas sim condição de responsabilidade internacional substantiva"; E. M. Borchard. La responsabilité internationale des États à la Conférence de la Codification de la Hayte. *Revue de droit international et de législation comparée*, v. 12, 1931, p. 51; E. M. Borchard, *op. cit., supra* N. 41, p. 522-526 e 537-539; e, de ponto de vista semelhante, G. H. Hackworth. Responsability of States for Damages Caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners. *American Journal of International Law*, v. 24, 1930, p. 511 e 506.

de Pesquisas de Harvard de 1929 sobre a Responsabilidade dos Estados (relator Borchard)[75], assim como pelo Projeto de Pesquisa do *Institut de Droit International* sobre a Proteção Diplomática de Nacionais no Exterior (sessão de Cambridge de 1931, relator Borchard)[76]. Influente corrente doutrinária que floresceu na Itália prestou igualmente apoio à teoria substantiva da regra do esgotamento; para o seu maior expoente, Anzilotti, a responsabilidade do Estado surgia, em princípio, somente quando o estrangeiro não pudesse obter reparação no Estado onde sofrera o dano, isto é, em caso de denegação de justiça após o esgotamento dos recursos internos[77]. Por seu turno, ao desenvolver sua teoria do fato *ilícito internacional complexo*, Ago sustentou de modo semelhante que somente quando os órgãos do Estado tivessem deixado de cumprir uma obrigação internacional poderia se afirmar que existia um fato ilícito internacional bem caracterizado[78].

Dentre os autores latino-americanos, H. Accioly[79] e E. Jiménez de Aréchaga[80] defenderam a teoria substantiva da regra do esgotamento de recursos internos e, em parecer de 1961, a Comissão Jurídica Interamericana declarou que, no modo de entender de dezesseis países latino-americanos, no continente americano a regra do prévio esgotamento dos recursos internos

75 Harvard Law School. *Reserch in International Law* (*Nationality – Responsibility of States – Territorial Waters*). Cambridge/Mass, 1929, p. 149 (artigo 6º do projeto de convenção de Harvard sobre a responsabilidade do Estado por danos a estrangeiros) e 150-151 (comentário ao artigo 6).

76 Relatório de Borchard *in Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 36, 1931-I, p. 424-435.

77 D. Anzilotti. *Cours de Droit International* (trad. G. Gidel). Paris: Rec. Strey, 1929, p. 520; e cf. p. 482, 491 e 518-519; cf. também D. Anzilotti. La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers. *Revue génerale de droit international public*, v. 13, 1906, p. 5-29 e 285-309, esp. p. 5-10, 28, 291-299 e 308-309.

78 R. Ago. Observations (sur la règle de l'épuisement des recours internes). *Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 45, 1954-I, p. 42-43; e cf. p. 35-36 e 39-41.

79 H. Accioly. *Tratado de Direito Internacional Público*, v. I. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1933, p. 352.

80 E. Jiménez de Aréchaga. International Responsibility. In: M. Sorensen (ed.). *Manual of Public International Law.* London: Macmillan, 1968, p. 583-584.

antecedendo as reclamações diplomáticas era "não meramente processual, mas substantiva"[81]. De fato, considerável número de publicistas de diversos países tem compartilhado essa concepção teórica da regra do esgotamento[82].

6.3.2. Regra processual

A jurisprudência internacional tem igualmente prestado certo apoio à tese processual da regra do esgotamento dos recursos internos. No caso dos *Navios Finlandeses* (1934), por exemplo, muito embora não se tivesse feito referência explícita ao caráter (supostamente) substantivo da regra, todo o raciocínio do árbitro Bagge, do início ao fim da sentença arbitral, conformou-se com a construção teórica processual da regra[83]. A jurisprudência da CIJ fornece exemplos ainda mais claros. No caso *Interhandel* (1959), *e.g.*, a Corte, ao sustentar a (terceira) exceção preliminar de não esgotamento dos recursos internos interposta pelos Estados Unidos, tratou-a como se fora verdadeira exceção preliminar – e não defesa quanto ao mérito – dirigida contra a admissibilidade

81 Organização dos Estados Americanos (OEA), doc. OEA/Ser. I/VI.2 – CIJ-61, cap. XI, p. 37.

82 Cf., nesse sentido: Ch. Durand. La responsabilité internationale des États pour déni de justice. *Revue générale de droit international public*, v. 38, 1931, p. 721; H. Lauterpacht. *The Development of International Law by the International Court*. London: Stevens, 1958, p. 350 (*mas* cf. N. 86, *infra*); I. L. Head. A Fresh Look at the Local Remedies Rule. *Canadian Yearbook of International Law*, v. 5, 1967, p. 150; G. H. Hackworth. Observations (on the Rule of Exhaustion of Local Remedies). *Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 45, 1954-I, p. 69; declarações de L. Cavaré *in Annuaire I.D.I.*, v. 46, 1956, p. 276; e L. Cavaré. *Le Droit international public positif*. 2ª ed., v. II. Paris: Pédone, 1962, p. 363 (*mas* cf. também p. 364, aparentemente em contradição); D. P. O'Connell. *International Law*. 2ª ed., v. II. London: Stevens, 1970, p. 1053, 945-946 e 951; R. Monaco. *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*. Torino: Unione Tipografico/Edit. Torinese, 1960, p. 374; Ch. G. Fenwick. The Progress of International Law During the Past Forty Years. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye [RCADI]*, v. 79, 1951, p. 44; Ch.G. Fenwick. *International Law*. 4ª ed. N.Y.: Appleton-Century-Crofts, 1965, p. 330 e 334; K. Doehring. Does General International Law Require Domestic Judicial Protection against the Executive?. In: *Gerichtsschutz gegen die Exekutive*, Max-Planck-Institut für auländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, v. III. Köln: Heymanns/Oceana, 1971, p. 242; e cf. p. 243-244.

83 Cf. 3 *U. N. Reports of International Arbitral Awards*, p. 1501-1503 particularmente.

da petição suíça[84]. Pode-se também mencionar o voto dissidente do juiz Read[85] e o voto arrazoado do juiz Lauterpacht[86] no caso dos *Empréstimos Noruegueses* (1957)[87] assim como o apoio expressamente atribuído à teoria processual pelo voto arrazoado do juiz Tanaka no caso da *Barcelona Traction* (segunda fase, 1970)[88].

Mas, indubitavelmente, são os escritos dos internacionalistas que têm patrocinado a tese processual de modo mais marcante. A sistematização da matéria efetuada par Charles de Visscher foi suficientemente clara: a teoria substantiva se lhe parecia "por demais absoluta", e, no seu modo de ver, a regra do esgotamento dos recursos internos afetava "menos as condições de existência da responsabilidade do que as condições de exercício da reclamação" (regra de processo)[89]. Aproximadamente na época em que a *Harvard Law School* (Borchard) advogava a teoria substantiva da regra (cf. *supra*), Eagleton defendia na Universidade de Columbia sua tese sobre a Responsabilidade dos Estados no Direito Internacional (1928), em que endossava a teoria processual da regra; para ele, a responsabilidade surgia de um ato internacionalmente ilícito, não sendo necessariamente contingente da reparação dos danos (*local redress*)[90]. A distinção no tempo entre

84 Caso *Interhandel* (exceções preliminares). *ICJ Reports*, 1959, p. 26-27 e 30.

85 Caso dos *Empréstimos Noruegueses. ICJ Reports*, 1957, voto dissidente do juiz Read, p. 97 e 99.

86 *Ibid.*, voto arrazoado do juiz Lauterpacht, p. 38-39 e 41 (aparentemente em divergência com o ponto de vista que defendeu em seu livro, *cit.* N. 82, *supra*).

87 No caso, entretanto, a Corte não se pronunciou especificamente sobre a exceção do não esgotamento, por ter rejeitado a demanda no estágio preliminar com outro fundamento; cf. *ibid, ICJ Reports*, 1957, p. 27.

88 Caso da *Barcelona Traction* (segunda fase), *ICJ Reports*, 1970, voto arrazoado do juiz Tanaka, p. 149; cf. também observações *in ibid*, voto arrazoado do juiz de Ammoun, p. 329 (para ponto de vista distinto).

89 Ch. De Visscher. Le déni de justice en droit international. *RCADI*, v. 52, 1935, p. 421-431; Ch. de Visscher. *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*. Paris: Pédone, 1972, p. 91 (e n. 1); e cf. Ch. de Visscher. Observations (sur la règle de l'épuisement des recours internes). *Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 46, 1956, p. 49.

90 C. Eagleton. *The Responsibility of States in International Law*. N.Y.: University Press, 1928, p. 95 e 97-99.

o nascimento da responsabilidade do Estado e a implementação da responsabilidade através da proteção diplomática era fundamental no pensamento de Eagleton. Justamente a intervenção diplomática é que não se permitia até o esgotamento em vão dos recursos do direito interno[91] (um requisito processual prévio da interposição diplomática, i.e., da implementação da responsabilidade do Estado).

A terceira importante construção teórica da matéria no presente contexto, a de Freeman (1938), sustentava que a responsabilidade do Estado aparecia imediatamente com o cometimento de um ato internacionalmente ilícito, enquanto que a regra do esgotamento dos recursos internos, um requisito processual prévio da admissibilidade de uma reclamação internacional, constituía uma oportunidade de reparação concedida ao Estado antes que a reclamação se tornasse justificável[92]. Também o trabalho do *Institut de Droit International* endossou em diversas ocasiões a teoria processual da regra: exemplos encontram-se nos debates de 1927 sobre a Responsabilidade dos Estados[93] (sessão de Lausanne), nos relatórios *preliminar*[94] e *definitivo*[95] de Verzijl sobre a Regra do Esgotamento dos Recursos Internos (sessão de Aix-en-Provence de 1954),

91 C. Eagleton. Denial of Justice in International Law. *American Journal of International Law*, v. 22, 1928, p. 549-559; C. Eagleton. Une théorie au sujet du commencement de la responsabilité de l'État. *Revue de droit international et de législation comparée*, v. 11, 1930, p. 643-659.

92 A. V. Freeman. *The International Responsibility of States for Denial of Justice*. London: Longmans, 1938, p. 407, 410, 432, 443 e 452.

93 Intervenções orais de Séfériadès, Valloton d'Erlach e Rolin Jaequemyns, *in Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 33, 1927-III, p. 158-160; essas intervenções foram em reação ao relatório de Strisower, cujas opiniões sobre o tema em questão não foram endossadas pela resolução do Instituto, que não fez referência expressa alguma ao nascimento da responsabilidade do Estado; cf. *ibid.*, p. 330-335.

94 *In Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 45, 1954-I, p. 14-16, 21-22 e 24-32.

95 *In ibid.*, p. 84, 88-89, 91-92, 95-96 e 104.

no relatório *suplementar* de Verzijl sobre a referida Regra[96] (sessão de Granada de 1956), e nos debates do Instituto acerca do tema[97].

Cinco anos depois, a *Harvard Law School* (Sohn e Baxter), em novo projeto de Convenção sobre a Responsabilidade dos Estados, inverteu seu ponto de vista anterior (de 1929, Borchard, *supra*), dessa vez esposando a teoria processual da regra do esgotamento dos recursos internos[98]. E em Parecer de 1965, a Comissão Jurídica Interamericana, ao expor a posição dos Estados Unidos sobre os princípios regendo a responsabilidade dos Estados (distinta da posição latino-americana, *supra*), observou que era a implementação – e não o nascimento – da responsabilidade do Estado que ordinariamente se subordinava à regra do esgotamento[99].

A teoria processual tem angariado apoio notável, explícito ou implícito, de diversos autores nas últimas décadas[100]. O parecer de

96 *In Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 46, 1956, p. 3; e cf. J. H. W. Verzijl. *International Law in Historical Perspective*, v. VI. Leiden: Sijthoff, 1973, p. 635.

97 Intervenções orais de: A. Verdross. *Annuaire I.D.I.*, v. 46, 1956, p. 47; e cf. A. Verdross. Les règles internationales concernant le traitement des étrangers. *RCADI*, v. 37, 1931, p. 384-386; P. Guggenheim. *Annuaire I.D.I.*, v. 46, 1956, p. 31-37, e cf. P. Guggenheim. *Traité de Droit international public*, v. II. Genève: Libr. Univ. Georg et Cie., 1954, p. 24-25 e 21; H. Rolin. *Annuaire I.D.I.*, v. 46, 1956, p. 42-44; F. Muûls. *Annuaire I.D.I.*, v. 45, 1954-I, p. 73; G. Scelle, *ibid.*, p. 79-81; M. Bourguin , *ibid.*, p. 45-46, 49-55 e 61; G. Salvioli, *ibid.*, p. 78; M. Huber. *Annuaire I.D.I.*, v. 46, 1956, p. 39. A fórmula finalmente adotada pelo Instituto em 1956 não se referiu expressamente ao nascimento da responsabilidade internacional, limitando-se a subordinar a admissibilidade de reclamações internacionais (por danos a estrangeiros) ao prévio esgotamento dos recursos internos; cf. texto *in Annuaire I.D.I.*, v. 46, 1956, p. 314-315 e 364.

98 Cf. texto (artigo I) *in American Journal of International Law*, v. 55, 1961, p. 548; e cf. L. B. Sohn; R. R. Baxter. Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens. *A.J.I.L.*, v. 55, 1961, p. 546; L. B. Sohn; R. R. Baxter. (Draft) Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens. In: F. V. Garcia Amador; L. B. Sohn; R. R. Baxter. *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*. N.Y.: Oceana, 1974, p. 261-263.

99 OEA, doc. OEA/Ser.I/VI.2 - CIJ-78, artigos I e IX, p. 7 e 10-11.

100 Cf., nesse sentido, a partir dos anos trinta: E. Kaufmann. Règles générales du droit de la paix. *RCADI*, v. 54, 1935, p. 413-415 e 423-424; J. Basdevant. Règles générales du droit de la paix. *RCADI*, v. 58, 1936, p. 662-675; M. G. Cohn. La théorie de la responsabilité internationale. *RCADI*, v. 65, 1939, p. 250, 301 e 313-314; H. Friedmann. Épuisement de voies de recours internes. *Revue de droit international et de législation comparée*, v. 14, 1933, p. 318-321, 323-324 e 326-327; e cf. também p. 445-458; J. Chappez. *La règle de l'épuisement des voies de recours internes.* Paris: Pédone, 1972, p. 18-19 e 21; e cf. também C. H. P. Law. *The Local Remedies Rule in International Law*. Genèva: Droz, 1961, p. 141.

que o surgimento da responsabilidade internacional (distinto de sua implementação) *não* depende do esgotamento dos recursos internos – a teoria processual – foi em diversas ocasiões *expressamente* endossado por um número considerável de publicistas influentes[101].

6.3.3. Regra substantiva e processual

Vê-se, do anteriormente exposto, que a teoria geral do direito internacional encontra-se profundamente dividida entre as duas correntes gerais de pensamento que atribuem à regra do esgotamento dos recursos internos um caráter substantivo ou processual. Pode ocorrer que as diferentes conclusões a que chegaram constituam o resultado lógico de construções teóricas partindo de premissas ou hipóteses *a priori* distintas[102]. Houve ocasiões em que, diante da confrontação irreconciliável entre as duas teorias, procedeu-se à tentativa de se encontrar uma fórmula "neutra"[103]. Em outras ocasiões optou-se por posição de certo

---

101 Nesse sentido: H. Kelsen. *Principles of International Law*. 2ª ed. rev. N.Y.: Holt/Rinehart/Winston, 1966, p. 370-371; Ch. C. Hyde. *International Law*, v. II. 2ª ed. rev. Boston: Little/Brown & Co., 1945, p. 911; Bin Cheng. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. London: Stevens, 1953, p. 180 (cf. também *infra*); Alf Ross. *A Textbook of International Law*. London: Longmans, 1947, p. 242 e 265; Ch. Rousseau. *Droit international public*. Paris: Rec. Sirey, 1953, p. 366; J. L. Brierly. *The Law of Nations*. 6ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1963, p. 282; H. Lauterpacht. *International Law – Collected Papers* (ed. E. Lauterpacht), v. I. Cambridge: Cambridge University Press, 1970, p. 398 (depois de sua preferência inicial pela teoria substantiva da regra, *supra*); P. Reuter. Principes de droit international public. *RCADI*, v. 103, 1961, p. 590 e 613; C. P. Panayotacos, *op. cit. supra* N. 12, p. 113; L. Delbez. *Les príncipes généraux du droit international public*. Paris: LGDJ, 1964, p. 381; e cf. também: L. Oppenheim. *International Law – A Treatise*. 8ª ed. (ed. H. Lauterpacht). London: Longmans, 1955, p. 361-362; F. Vallat. *International Law and the Practitioner*. Manchester: Manchester University Press, 1966, p. 33-37; H. Waldock. General Course on Public International Law. *RCADI*, v. 106, 1962, p. 208.

102 C. P. Panayotacos, *op. cit. supra* N. 12, p. 29. O desacordo teórico é de interesse para o debate da questão se os indivíduos têm *status* no direito internacional; D. P. O'Connell, *op. cit. supra* N. 82, v. II, p. 1.053. Sobre a relação desse tópico à regra do esgotamento dos recursos internos, cf. A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century. *Nederlands Tijdschrift voor internationaal Recht/Netherlands International Law Review*, v. 24, 1977, p. 373-392.

103 Cf., *e.g.*, as intervenções, nessa linha, de R. Ago e Ch. De Visscher, *in Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 46, 1956, p. 284-285; cf. também: A. Miaja de la Muela. El Agotamiento de los Recursos Internos como Supuesto de las Reclamaciones Internacionales. *Anuario Uruguayo de Derecho*

modo eclética no sentido de se atribuir à regra do esgotamento de recursos caráter de uma vez substantivo e processual, ou então natureza processual ou substantiva.

De fato, para muitos autores, a regra em questão pode operar como sendo de processo (em caso de violação original do direito internacional) e/ou de substância (em caso de denegação de justiça)[104]. Talvez seja a regra "a linha divisória entre os aspectos substantivo e processual da responsabilidade", uma "condição suspensiva (da implementação da responsabilidade) que pode ser processual ou substantiva, mas a que se subordina o direito de se interporem reclamações internacionais"[105]. Esse o parecer de, *e.g.*, Garcia Amador; a responsabilidade pode existir ou não, pode como tal até mesmo ser imputável ao Estado, mas "não se pode exigir",

---

Internacional, v. 2, 1963, p. 19-20.

104 Bin Cheng, *General Principles..., op. cit.*, p. 178 e 180 (cf. também *supra*); e cf. Bin Cheng. Note. *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, v. 3, 1955/1956, p. 187; de modo semelhante, A. V. Freeman, *op. cit.*, p. 407 (a regra desfrutando de *status* processual e quase substantivo nas duas hipotéses acima – cf. também *supra*); e cf. p. 410; H. W. Briggs. The Local Remedies Rule: a Drafting Suggestion. *American Journal of International Law*, v. 50, 1956, p. 925-926 (distinguidas três situações); J. E. S. Fawcett. The Exhaustion of Local Remedies: Substance or Procedure? *British Yearbook of International Law*, v. 31, 1954, p. 452-458 (três tipos de situação envolvendo violações dos direitos internacional e/ou interno); F. Castberg. Observations (sur la règle de l'épuisement des recours internes). *Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 45, 1954-I, p. 64-65 (quatro tipos de situação distinguidos). Para o parecer de que a regra representa uma combinação do direito substantivo e processual, relacionando toda a questão ao conceito de imputabilidade (de delinquências internacionais ao Estado), cf. J. G. Starke. Imputability in International Delinquencies. *British Yearbook of International Law*, v. 19, 1938, p. 108 e 105-106; e cf. J. G. Starke. Monism and Dualism in the Theory of International Law. *British Yearbook of International Law*, v. 17, 1936, p. 66-81; J. G. Starke. *Studies in International Law*. London: Butterworths, 1965, p. 54-55 e 52. Cf. também: G. Fitzmaurice. Hersch Lauterpacht: The Scholar as Judge – I. *British Yearbook of International Law*, v. 37, 1961, p. 53, e cf. p. 53-64 (aspectos substantivo e processual na regra do esgotamento de recursos internos); e cf. G. Fitzmaurice. The Meaning of the Term "Denial of Justice". *British Yearbook of International Law*, v. 13, 1932, p. 93-114; Th. Haesler. *The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals*. Leiden: Sijthoff, 1968, p. 131--149 (a regra sendo do direito substantivo da responsabilidade dos Estados *assim como* um requisito processual).

105 F. V. Garcia Amador. State Responsibility – Some New Problems. *RCADI*, v. 94, 1958, p. 448-449; F. V. Garcia Amador. First Report on International Responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, 1956-II, p. 206; F. V. Garcia Amador. *Princípios de Derecho Internacional que Rigen la Responsabilidad – Análisis Crítico de al Concepción Tradicional*. Madrid: Escuela de Funcionários Internacionales, 1963, p. 350-351.

por meio de uma reclamação internacional, o dever de reparação dos danos causados aos indivíduos (estrangeiros), até que os recursos internos tenham sido esgotados "desse modo, exceto os casos em que o dano resulte de ação ou omissão que implique o esgotamento dos recursos internos, [...] este princípio constituirá sempre um obstáculo completo ao exercício da proteção diplomática"[106].

6.3.4. Teorias explanatórias da regra do esgotamento dos recursos internos

Talvez nenhuma das teorias acima examinadas reflita fiel e integralmente a realidade do tema sob estudo[107]. A própria elaboração de tantas construções teóricas sobre o assunto talvez já testemunhe o fato de não ter nenhuma delas logrado fornecer uma solução satisfatória e convincente ao problema da natureza jurídica da regra do esgotamento dos recursos internos. Desenvolveram-se, assim, outras teorias, talvez menos ambiciosas, com o propósito de *explicar* a regra (em relação ao nascimento da responsabilidade internacional dos Estados).

6.3.4.1. Delito internacional complexo

Há quem sugira a existência de dois abordamentos básicos e distintos do tema da responsabilidade dos Estados por danos causados a estrangeiros, seguidos até hoje por autores diversos: o abordamento *subjetivo*, voltado principalmente à questão do que é permitido ou facultado a um governo fazer sob o direito internacional para proteger seus nacionais no exterior, e o abordamento *objetivo*, preocupado especialmente com a responsabilidade dos es-

---

106 F. V. Garcia Amador, "State Responsibility...", *op. cit. supra* N. 105, p. 449; F. V. Garcia Amador, "First Report...", *op. cit.*, p. 206; F. V. Garcia Amador, *Princípios...*, *op. cit. supra* N. 105, p. 350-351.

107 R. Y. Jennings. General Course on Principles of International Law. *RCADI*, v. 121, 1967, p. 481.

tados propriamente dita[108]. Os autores anglo-americanos tendem seguir o primeiro, ao passo que os escritores continentais manifestam sua preferência pelo segundo[109]. Anzilotti, por exemplo, desenvolveu a noção do *fato ilícito internacional*[110]. Na mesma linha de pensamento, R. Ago distinguiu dois tipos de fato ilícito internacional: os delitos internacionais *simples* e *complexo*[111].

Muito embora tivesse o Estado obrigações internacionais relativas ao tratamento adequado de estrangeiros, observou Ago, o direito internacional facultava ao Estado escolher e determinar os meios pelos quais pretendesse cumprir aquelas obrigações[112], as quais diziam respeito à obtenção de determinado resultado[113]. As obrigações visando a realização de certo objetivo "desejado" pelo direito internacional poderiam estar diretamente voltadas ao desempenho de um órgão único do Estado, ou então de toda a estrutura da organização interna do Estado[114]. Distinguiam-se, aqui, dois casos: quando um órgão único do Estado não cumpria uma obrigação internacional, deixando desse modo de realizar o objetivo "desejado" pelo direito internacional, tal situação *objetiva* constituía um ato ilícito internacional denominado *delito*

108 F. S. Dunn. *The Protection of Nationals*. Baltimore: Johns Hopkins Press, 1932, p. 60; C. Parry. Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law. *RCADI*, v. 90, 1956, p. 659.

109 C. Parry, *op. cit.*, p. 659.

110 Cf. D. Anzilotti, *Cours...*, *op. cit.*, p. 466-534 (e vd. também *supra*). Strupp igualmente advogou a noção de "ato ilícito internacional" ou "delito internacional"; vd. Kart Strupp. Éléments du droit international public, v. I. 2ª ed. rev. Paris: Les Éditions internationales, 1930, p. 325-347.

111 R. Ago. Le délit international. *RCADI*, v. 68, 1939, p. 506-521; R. Ago. "La regola del previo esaurimento...", *op. cit.*, p. 223-243.

112 R. Ago, "Le délit...", *op. cit.*, p. 509.

113 *Ibid.*, p. 509; R. Ago, "La regola…", *op. cit.*, p. 232 e 235-236.

114 R. Ago, "Le délit...", *op. cit.* supra N. 111, p. 510; R. Ago, "La regola...", *op. cit.*, p. 233-234; R. Ago, "Observations...", *op. cit.*, p. 38-43.

internacional simples, imputado (pelo direito internacional) ao Estado como sujeito do direito internacional[115].

Ilustrava o segundo caso situação em que a realização do objetivo "desejado" pelo direito internacional requeria a intervenção conjunta de mais de um simples órgão estatal, ou seja, de toda a estrutura da organização interna do Estado. Nesse caso, à conduta ilícita original de determinado órgão deveria se acrescentar a possibilidade de reparação subsequente por outros órgãos estatais para que se produzisse o resultado "desejado" pelo direito internacional. Somente quando os demais órgãos também deixassem de produzir tal resultado é que se configuraria o *delito internacional complexo*[116]. A violação da obrigação internacional tornar-se-ia desse modo definitiva[117].

A relevância do *delito internacional complexo*, distinto do primeiro tipo, residia, no dizer de Ago, no fato de fornecer ele uma *explicação* da natureza e do âmbito da regra do esgotamento dos recursos internos[118]. Pode-se, nesse sentido, mencionar o artigo 22 do projeto de artigos sobre a Responsabilidade dos Estados (relator R. Ago), adotado provisoriamente pela Comissão de Direito Internacional da ONU em 1977[119]. Para Ago, com efeito, decorriam do fato ilícito internacional complexo dois corolários: primeiro, não existia responsabilidade internacional quando a violação era do direito interno, e não do direito internacional, perpetrada por um indivíduo ou órgão do Estado (no tratamento de estrangeiros); segundo, o *delito internacional complexo* era importante para ilustrar a obrigação internacional do Estado de obter, pelos meios que

115 R. Ago, "Le délit...", *op. cit. supra* N. 111, p. 511-512.

116 *Ibid.*, p. 513-514.

117 R. Ago, "Observations...", *op. cit.*, p. 43, e cf. p. 42-43.

118 R. Ago, "Le délit...", *op. cit. supra* N. 111, p. 514; cf. também R. Ago, "La regola...", p. 242-243.

119 Texto reproduzido *in International Legal Materials*, v. 16, (1977), p. 1.255.

escolhesse ou julgasse os mais apropriados, determinado resultado final relativo ao tratamento de estrangeiros[120]. *Aqui* residia o sentido próprio da regra do esgotamento dos recursos internos.

Ago descreveu o sentido e âmbito da regra nos seguintes termos:

> *Se um órgão do Estado sob obrigação internacional pratica um ato que não esteja em conformidade com a obtenção do resultado devido, e daí vem a causar dano a um particular estrangeiro, tal ato não constitui fundamento suficiente para o Estado nacional da vítima invocar a responsabilidade internacional do Estado a que pertence o órgão; torna-se ainda necessário estabelecer-se que seu nacional não mais podia obter a realização daquele resultado por meio de outras vias da ordem jurídica interna; em outras palavras, é necessário que o fato ilícito internacional complexo seja realizado em todos os seus elementos. Esse o sentido verdadeiro e o alcance extremamente importante da* local redress rule[121].

Ago manifestou então sua preferência pela teoria substantiva da regra (cf. *supra*). Partindo-se da "noção indispensável" do *delito internacional complexo*, afirmou ele, tornava-se "evidente" que a regra dizia respeito à "substância da responsabilidade internacional, não sendo uma regra de direito processual"[122].

---

120 R. Ago, "Le délit...", *op. cit. supra* N. 111, p. 516.

121 *Ibid.*, p. 516 (grifo nosso).

122 *Ibid.*, p. 516-517. Cf. suas observações quanto ao *tempus commissi deticti in ibid.*, p. 517-524. Na sessão de 1954 do *Institut de Droit International*, Perassi declarou que só se poderia clarificar o problema do esgotamento dos recursos internos depois de formulada definição precisa com todos os seus aspectos da noção de *fato ilícito gerador* da responsabilidade internacional do Estado, particularmente quando a responsabilidade derivava de atos ou fatos que tivessem lugar dentro do ordenamento jurídico interno do Estado. Cf. T. Perassi. Observations (sur la règle de l'épuisement des recours internes). *Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 45, 1954-I, p. 76. O segundo, terceiro e quarto

6.3.4.2. *Dédoublement fonctionnel*

A teoria do *dédoublement fonctionnel* foi proposta por Georges Scelle para explicar a relação entre o Estado e o direito internacional, ou, mais precisamente, o desempenho de certas atividades pelos Estados de modo a atingir resultados visados pelo direito internacional. Sua construção teórica foi aceita como *explicação* da regra do esgotamento dos recursos internos por Freeman[123], Henri Rolin[124], Verzijl[125], Guggenheim[126], Bourquin[127], para não citar o próprio Scelle[128].

Se Anzilotti e Ago, por exemplo, partiram de uma concepção essencialmente dualista do relacionamento entre o direito interno e o direito internacional (cf. *supra*), Scelle, por outro lado, advogou

relatórios de Roberto Ago sobre a Responsabilidade dos Estados à Comissão de Direito Internacional da ONU, embora não tocando especificamente na regra do esgotamento, devotaram muita atenção ao problema em questão (i.e., o do ato internacionalmente ilícito como fonte da responsabilidade internacional); cf. R. Ago. Second Report on State Responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, 1970-II, p. 177-197; R. Ago. Third Report on State Responsibility. *Yearbook I.L.C.*, 1971-II, parte I, p. 199-274; R. Ago. Fourth Report on State Responsibility. *Yearbook I.L.C.*, 1972-II, p. 71-152.

123 A. V. Freeman, *op. cit.*, p. 408-409.

124 Henri Rolin. Les principes de droit international public. *RCADI*, v. 77, (1950), p. 452; Henri Rolin. Le rôle du requérant dans la procédure prévue par la Comission européenne des droits de l'homme. *Revue hellénique de Droit international*, v. 9, 1956, p. 9.

125 J. H. W. Verzijl. Rapport définitif (sur la règle de l'épuisement des recours internes). *Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 45, 1954-I, p. 88.

126 P. Guggenheim. Observations (sur la règle de l'épuisement des recours internes). *Annuaire I.D.I.*, v. 46, 1956, p. 33; P. Guggenheim, argumento oral de 10 de novembro de 1958 diante da Corte Internacional de Justiça como coagente (consultor) do governo suíço, caso *Interhandel*. *ICJ Reports*, 1959, Audiência/Argumentos Orais/Documentos, p. 548-549.

127 M. Bourquin, "Observations...", *op. cit.*, *in Annuaire I.D.I.*, v. 45, 1954-I, p. 52-53. Posteriormente, se veio a dar mais apoio à teoria do *dédoublement fonctionnel* como *explanatória* da regra do esgotamento dos recursos internos; cf. D. Mertens. *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme.* Éditions de l'Université de Bruxellas, 1973, p. 89; e G. Berlia. Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique. *Annuaire français de droit international*, v. 3, 1957, p. 69.

128 G. Scelle. Observations (sur la règle de l'épuisement des recours internes). *Annuaire I.D.I.*, v. 45, 1954-I, p. 79-81.

a posição monista. Pela chamada *lei do desdobramento funcional*[129], escreveu Scelle, os governos atuam juridicamente como agentes internacionais em virtude da competência a eles atribuída pelo direito internacional[130]. Desse modo, os Estados (como *sujeitos de direito*) exercem uma competência nacional ou internacional ao desempenhar atos jurídicos no ordenamento jurídico interno ou internacional, respectivamente[131].

Scelle definiu o fenômeno do *dédoublement fonctionnel* nos seguintes termos:

> *Os agentes dotados de uma competência institucional ou investidos por uma ordem jurídica utilizam sua capacidade 'funcional' tal qual se encontra ela organizada no ordenamento jurídico que os instituiu, mas para assegurar a eficácia de uma outra ordem jurídica, privada dos órgãos necessários àquela realização, ou não os possuindo suficientemente*[132].

Forma-se, assim, o direito internacional, em grande parte por intermédio do direito interno; a atividade dos órgãos do Estado, agindo dentro de suas competências respectivas, contribui para realizar os resultados almejados pelo direito internacional. Pelo fenômeno do *desdobramento ou divisão funcional* (expressão utilizada pelo próprio Scelle) "cada governo encontra-se investido

129 Cf. Georges Scelle. *Précis de Droit des Gens – principes et systématique*. Paris : Rec. Sirey, 1934, v. I, p. 43, 54, 56 e 217; e v. II, p. 10, 319 ss., e 450.

130 G. Scelle. Essai sur les sources formelles du droit international. In: *Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de François Gény*, v. III. Paris : Rec. Sirey, 1934, p. 410.

131 *Ibid.*, p. 410.

132 G. Scelle. Le phénomène juridique du dédoublement fontionnel. In: *Rechtsfragen der internationalen Organisation – Festschrift für Hans Wehberg*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1956, p. 331. Scelle admitiu ser este um fenômeno de um "federalismo normativo parcial", uma tendência da sociedade internacional em direção à "integração do Direito"; *ibid.*, p. 335 e 342, respectivamente, e vd. também p. 324-342.

da competência necessária para assegurar a criação e a realização do direito da sociedade internacional a que pertence"[133].

De acordo com a teoria de Scelle, os tribunais internos desempenham, assim, uma função internacional ao efetivar o estágio inicial de algumas das medidas fornecidas pelo direito internacional para a realização de seus princípios. A regra do esgotamento dos recursos internos, no dizer de Scelle, sustenta a teoria do desdobramento funcional[134]. Relacionando uma à outra, Scelle desenvolveu a ideia do *direito de prioridade* (do Estado cuja responsabilidade é questionada). Em virtude do *dédoublement fonctionnel* cada Estado soberano é dotado de competência para assegurar a realização da ordem jurídica internacional. Embora seja tal competência comum a todos os Estados, cada um deles confia nos demais para reparar, pelas vias internas, no curso de suas relações jurídicas, os danos porventura sofridos pelos "sujeitos de direito da comunidade internacional cuja proteção assume"[135].

Quanto ao Estado supostamente responsável – prosseguiu Scelle – os demais Estados lhe reconhecem um *direito de prioridade* para assegurar a reparação dos danos, mas retêm eles, em vista de sua igual soberania, o direito de controlar a regularidade do funcionamento das vias internas (*local redress*) e de "apelar, se necessário, à jurisdição internacional"[136]. Em tal sistema, era lógico

133 G. Scelle. Some Reflections on Juridical Personality in International Law. In: G. A. Lipsky (ed.). *Law and Politics in the World Community* (Essays on Hans Kelsen's Pure Theory and Related Problems in international Law. Berkeley/L.A.: University of California Press, 1953, p. 57. Longe de endossar a convicção positivista de que os Estados, em virtude de sua soberania, sujeitavam-se somente às regras em que tivessem consentido, o ideal de Scelle, ao contrário, aproximava-se mais do ideal dos precursores teólogos espanhóis segundo o qual o príncipe soberano era "ao mesmo tempo governante do Estado e governante internacional encarregado da realização das duas ordens jurídicas"; *ibid.*, p. 57.

134 *Cit. in* G. Scelle, "Observations (sur la règle de l'épulsement)", *op. cit.*, p. 80.

135 *Ibid.*, p. 80.

136 *Ibid.*, p. 80/81.

que a regra do esgotamento dos recursos internos operasse como um incidente do processo. Uma vez tivesse o caso percorrido os procedimentos internos, poderia sempre ser conduzido ao plano internacional para a solução do litígio. Georges Scelle defendeu, desse modo, o parecer de que o princípio do esgotamento dos recursos internos constituía regra de direito processual[137]. Sua teoria não situou os tribunais internos no mesmo plano que os tribunais internacionais, tampouco tentou modificar a regra do esgotamento; tão somente *explicou* a necessidade da utilização dos recursos de direito interno.

6.3.4.3. Regra de conflito

Fawcett advogou constituir-se o princípio do esgotamento em regra de conflito, i.e., "uma regra para solucionar conflitos de jurisdição entre o direito internacional e os tribunais ou autoridades internas; a regra determina quando e em que circunstâncias os tribunais internos, de um lado, e os tribunais internacionais, de outro, devem ou podem assumir jurisdição sobre a questão"[138]. Esse abordamento da regra evitou deliberadamente fixar em detalhes técnicos, transferindo o objeto principal de investigação para a relação própria – no que diz respeito ao esgotamento dos recursos internos – entre o direito interno e o direito internacional; tentou, ademais, demonstrar que a regra seria de interesse não apenas ao direito internacional, uma vez que poderia ela acarretar também certos problemas de direito constitucional[139].

137 *Ibid.*, p. 79 e 81.

138 J. E. S. Fawcett, *op. cit.*, p. 454 (também para seus dois exemplos de possível conflito de jurisdição nesse sentido); para um abordamento semelhante do problema, cf. F. Castberg, *op. cit.*, p. 64-65.

139 Dizendo respeito particularmente ao esgotamento dos recursos internos e a função reservada aos tribunais nacionais. Sobre esse ponto, cf. nota N. 157, *infra*.

Por sua vez, Ténékidès alertou igualmente para a possibilidade de conflito de jurisdição (na aplicação da regra)[140]. No entanto, diferentemente de Fawcett e Castberg, suas observações foram motivadas por outras razões, a saber, o propósito de ilustrar suas próprias críticas à regra do esgotamento dos recursos internos (cf. *infra*). Assim, partindo do pressuposto da primazia do direito internacional sobre o direito interno, sustentou ele que a regra "feria o princípio da primazia do direito internacional, pois tornava este último dependente do direito interno, ainda que sob forma atenuada, por um desvio das regras de competência"[141].

6.3.4.4. Regra de conveniência

Chegamos assim à última das teorias explanatórias da regra do esgotamento dos recursos internos. Escrevendo em 1933. Ténékidès recusou-se expressamente a reconhecer à regra o valor de um postulado do direito internacional. Para ele, constituía-se a regra em "respeitosa formalidade" e tributo à soberania do Estado territorial, ao atribuir a este último função semelhante à de fase preliminar de conciliação[142]. Relembrando casos de não aplicação da regra, Ténékidès identificou nestas supostas "exceções" sua fraqueza básica: ressentia-se a regra da "fragilidade própria do método indutivo, uma vez que ela procede de fontes a que faltam coerência e uniformidade"[143]. Verificava-se, além disso, ausência de princípio normativo do direito internacional que servisse de

140 Cf. C. G. Ténékidès. L'épuisement des voies de recours internes comme condition préalable de l'instance internationales. *Revue de droit international et de législation comparée*, v. 14, 1933, p. 527-528.

141 C. G. Ténékidès, *op. cit.*, p. 534; e cf. discussão *in* A. A. Cançado Trindade. Domestic Jurisdiction and Exhaustion of Local Remedies: A Comparative Analysis. *Indian Journal of International Law* – Nova Délhi, v. 16, 1976, p. 187-218; A. A. Cançado Trindade. The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 25, 1976, p. 715-765.

142 C. G. Ténékidès, *op. cit.*, p. 515, 517 e 526.

143 *Ibid.*, p. 528, e cf. também p. 521-526 e 528-530.

fundamento para a regra[144]. Esta, em suma, escreveu Ténékidès, "não se baseava no direito", mas antes em uma "concepção arbitrária" que distinguia entre litígios interestatais (em que a regra não se aplicava) e litígios entre Estados e indivíduos "internacionalizados" a *posteriori* pelo Estado ao patrocinar a causa de seu nacional no exterior (o campo próprio de aplicação da regra)[145].

Em seu *relatório preliminar* sobre a Regra do Esgotamento dos Recursos Internos ao *Institut de Droit International* em 1954, o relator Verzijl considerou a regra uma objeção, baseada em oportunismo político, à interposição (diplomática) imediata no plano internacional[146]. Admitiu Verzijl que a regra se justificava teoricamente nos casos em que ainda não se tivesse configurado um ato ilícito internacional; entretanto, nos casos em que o delito internacional já tivesse engendrado de imediato a responsabilidade internacional do Estado, a regra não se justificava teoricamente (ou pelo menos encontrava justificação muito menor)[147].

Verzijl explicou:

> *Se, malgrado o fato de que um Estado já tivesse incorrido em responsabilidade internacional em decorrência de dano infligido a um estrangeiro em seu território, pudesse o Estado esquivar-se provisoriamente às consequências normais de sua responsabilidade pelo renvoi do estrangeiro a seus tribunais internos, só se poderia explicar isto por uma prática internacional que tivesse introduzido uma derrogação aos princípios normais da responsabilidade pelos delitos internacionais, apenas*

144 *Ibid.*, p. 530 e 533.

145 *Ibid.*, p. 534, vd. também p. 517-518 e 534-535.

146 J. H. W. Verzijl. "Exposé préliminaire...", *in Annuaire I.D.I.*, v. 45, 1954-I, *op. cit.*, p. 15.

147 *Ibid.*, p. 22.

> *por motivos oportunistas que não apresentam relação alguma com considerações de princípio*[148].

Tal parecer confrontou-se com oposição acirrada no Instituto (cf. *supra*). Em seu *relatório definitivo* de 1954, Verzijl referiu-se à regra do esgotamento como sendo de direito processual, uma condição prévia à admissibilidade de uma reclamação internacional, introduzida pela prática diplomática e jurisprudencial como questão de “cortesia internacional”[149]. Em seu *relatório suplementar* de 1956, Verzijl argumentou que a regra operava uma *suspensão* da ação diplomática ou judicial até que os recursos internos tivessem sido esgotados; com efeito, veio ele a propor um dispositivo nesse sentido (tratando a regra como condição *suspensiva* de ação ulterior nos casos em que já se tivesse comprometido a responsabilidade do Estado)[150]. O Instituto, no entanto, considerando a regra como princípio de direito internacional, adotou uma resolução em 1956 enfatizando que uma reclamação internacional seria *inadmissível* se os recursos do direito interno não tivessem sido esgotados[151].

Posteriormente, ponderou Verzijl que a controvérsia diz respeito não ao princípio incorporado na regra do esgotamento dos recursos internos, mas sim à construção teórica daquele princípio e aos limites de sua aplicabilidade[152]. Como observou o autor em ocasião anterior, a regra do esgotamento era “inimiga de todo dogma”, como princípio cristalizado do direito internacional ge-

148 *Ibid.*, p. 22-23.

149 J. H. W. Verzijl. “Rapport définitif...”, *in Annuaire I.D.I.*, v. 45, 1954-I, *op. cit.*, p. 84 e 88.

150 J. H. W. Verzijl. “Rapport supplémentaire...”, *in Annuaire I.D.I.*, v. 46, 1956, *op. cit.*, p. 3, 13 e 266.

151 Cf. texto *in Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 46, 1956, p. 314-315 e 364.

152 J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical...*, *op. cit.*, v. VI, p. 634.

ral ou costumeiro, por ter derivado de uma prática que apresentava "um caráter antes oportunista do que fundamental"[153].

Em 1964, observou C. W. Jenks que a regra do esgotamento, hoje geralmente considerada um princípio do direito internacional,

> *teve, entretanto, sua origem, em considerações de public policy [...]. Não se baseia em dogma algum atinente à natureza ou origem de uma reclamação internacional, mas sim na conveniência prática de se canalizar a solução de queixas particulares sempre que possível através do mecanismo estabelecido do direito interno, com vistas a reduzir as tensões causadas por tais queixas às relações e procedimentos internacionais*[154].

Sugeriu Jenks que, justamente porque aquelas considerações de *ordre public* (*public policy*) sempre se faziam presentes é que se verificou tanto desacordo judicial acerca da natureza e do âmbito de aplicação da regra, assim como de suas chamadas "exceções". A regra era, pois, flexível. Para Jenks, constituía ela, "antes de tudo, expressão de *public policy*, e não uma consequência lógica da natureza e fonte do direito que se procura implementar"[155]. Outros autores advogaram pontos de vista semelhantes[156].

---

153 Declaração de Verzijl, transcrita *in Annuaire I.D.I.*, v. 46, 1956, p. 268; daí, podia se adaptar às "hipóteses as mais variadas" (*ibid.*, p. 268). Para um ponto de vista semelhante, cf. A. Makarov. Consideraciones sobre el Derecho de Protección Diplomática. *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 8, 1955, p. 541-552.

154 C. Wilfred Jenks. *The Prospects of International Adjudication*. London: Stevens/Oceana, 1964, p. 536.

155 *Ibid.*, p. 423-424, e cf. também p. 527, 530, 534 e 536-537. Como exemplo de decisão politicamente motivada sobre o esgotamento dos recursos do direito interno, cf. o caso *Retimag S.A. vs. República Federal da Alemanha* (C.E.D.H., 1961) e comentários, *in* A. A. Cançado Trindade. The Burden of Proof with regard to Exhaustion of Local Remedies in International Law. *Droit international et droit comparé* – RDH/HRJ, Paris, v. 9, 1976, p. 94-96 e 115-116; e, para posterior estudo de jurisprudência internacional sobre o tema, cf. A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies in the Jurisprudence of the European Court: An Appraisal. *Droit international et droit compare* – RDH/HRJ, Paris, v. 10, (1977), p. 141-185.

156 I. Brownlie. *Principles of Public International Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1973, p. 483

6.4. Avaliação final e conclusões

Problema fundamental com que se deparou a teoria geral do esgotamento dos recursos do direito interno no direito internacional foi o da relação própria entre a regra do esgotamento e o *nascimento* da responsabilidade internacional dos Estados. As tentativas de codificação da matéria, a jurisprudência das cortes e tribunais internacionais, a bibliografia especializada e a prática dos Estados testemunharam uma divisão abrupta entre as duas teses principais (claramente ilustrada pelo impasse que se tornou fatal ao trabalho da Conferência de Codificação da Haia de 1930 sobre o tema da Responsabilidade dos Estados). Para os adeptos da teoria processual da natureza da regra do esgotamento dos recursos internos, o aspecto ou momento crucial é o da violação inicial do direito internacional ou o ato internacionalmente ilícito, ao passo que, para os partidários da tese substantiva, o momento crucial para o nascimento da responsabilidade internacional é o da denegação de justiça após o esgotamento dos recursos internos. Na primeira hipótese, pode o Estado eximir-se da responsabilidade ao reparar os danos (*local redress*), enquanto que, na segunda, o Estado somente incorrerá em responsabilidade se deixar de reparar os danos (falta de *local redress*).

A hesitação entre as duas teses foi tão considerável que às vezes juristas e representantes de governos mudaram abertamente de opinião, passando de uma à outra. As duas teorias encaram

e 487 (a regra derivando de *policy* e considerações práticas, e não de qualquer necessidade lógica); A. Bagge. Intervention on the Ground of Damage Caused to Nationals, with Particular Reference to Exhaustion of Local Remedies and the Rights of Shareholders. *British Yearbook of International Law*, v. 34, 1958, p. 169 (o "caráter prático e político" da regra transparecendo de seu propósito); declarações de L. Cavaré *in Annuaire I.D.I.*, v. 46, 1956, p. 276 (regra de "alta oportunidade política"); J. H. Ralston. *International Arbitration from Athens to Locarno*. Stanford: Stanford University Press, 1929, p. 60-61 (regra de "conveniência dos Ministérios de Relações Exteriores" e não regra imperativa "controlando a jurisdição dos tribunais internacionais"). O próprio Borchard, partidário da tese substantiva (vd. *supra*), escreveu certa vez que a regra do esgotamento "não era uma condição absoluta ou doutrinária, mas uma regra da razão prática"; E. M. Borchard, "Theoretical Aspects...", *op. cit.*, p. 241.

o fenômeno do esgotamento de ângulos diferentes e enfatizam momentos distintos da responsabilidade. Como certa vez sugeriu Charles de Visscher, talvez fosse preferível manter o nascimento da responsabilidade internacional como questão reservada, de modo a possibilitar que se concentrasse a atenção no momento mais relevante, na prática, da operação de uma reclamação internacional. Entretanto, tal restrição da investigação da natureza da regra do esgotamento dos recursos internos à incidência da proteção diplomática restaria intelectualmente insatisfatória.

Para a teoria substantiva, a responsabilidade internacional é dependente da existência ou não de reparação (*local redress*), o que não se passa com a teoria processual. Se se acrescentar essa dicotomia básica à diversidade de áreas em que opera a regra do esgotamento dos recursos internos, a busca de uma fórmula "neutra" ou eclética torna-se pouco ou nada surpreendente: por esta fórmula, pretende-se indicar que as teses substantiva e processual se erigiram em hipóteses distintas *a priori* e que a regra do esgotamento bem poderia desfrutar de caráter substantivo e/ou processual. Mas, ao tomar tal posição, esta escola de pensamento novamente enfatiza aspectos do fenômeno do esgotamento, com sua construção teórica se baseando em grande parte em ênfase na operação da imputabilidade de um ilícito internacional (original) a um Estado, ou em denegação de justiça ou na identificação de diferentes situações de possíveis violações das "duas ordens jurídicas" (direito interno e direito internacional), recaindo então a ênfase na questão do relacionamento próprio entre ambas.

Verifica-se certo grau de incerteza nas chamadas teorias *explanatórias* da regra do esgotamento de recursos internos. Uma limitação da teoria de R. Ago do *delito internacional complexo* é a suposição de que a uma violação original engajando responsabilidade indefinida sempre se segue o processo de

esgotamento de recursos e reparação de danos (*local redress*) antes que possa surgir definitivamente a responsabilidade internacional. Ao tornar a materialização do ato ilícito internacional complexo (envolvendo todo o sistema interno de recursos do Estado, diferentemente do ato ilícito internacional simples, envolvendo apenas um órgão estatal) desse modo contingente da reparação pelos tribunais internos, a teoria aparentemente se descuida dos casos de não aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos (em virtude das chamadas "exceções" à regra, ou de sua renúncia expressa).

A teoria de Scelle do *dédoublement fonctionnel* considera a regra do esgotamento tão somente *incidenter tantum*. Em contexto mais amplo, a teoria encontra-se diretamente ligada à questão global da realização dos objetivos visados pelo direito internacional por meio das atividades dos órgãos do Estado (i.e., a relação entre o direito interno – ou melhor, os órgãos estatais – e o direito internacional, a partir de uma perspectiva essencialmente monista, contrastando com a de R. Ago). A regra do esgotamento incorpora, desse modo, reconhecimento do "direito de prioridade" do Estado, cuja responsabilidade se questiona, de assegurar a reparação dos danos (*local redress*). A teoria não é, como não poderia ser, estendida ao extremo de sugerir que os tribunais internacionais pudessem operar como "tribunais de recursos" para revisar decisões internas (nacionais), ou que as decisões dos tribunais internos formassem *res judicata* no plano internacional. Ainda assim, ao se examinar a construção de Scelle, é difícil evitar a impressão de que a regra do esgotamento dos recursos internos foi invocada e utilizada como um exemplo em apoio à teoria do *dédoublement fonctionnel*, e não *vice-versa*, como bem se poderia esperar de um tratamento mais completo e rigoroso da natureza da regra do esgotamento.

A caracterização desta última como uma regra de conflito é também vulnerável e mesmo defeituosa, pois dificilmente se poderia estender o objeto da regra do esgotamento a determinador daquele dos dois sistemas jurídicos em conflito – o internacional e o interno – que prevalece, como geralmente ocorre no caso das regras genuínas de conflito. O último grupo de teorias, classificando a regra do esgotamento de recursos internos como uma regra de conveniência, parece pouco ou nada mais fazer do que enfatizar o elemento de oportunismo ou as considerações de *policy* subjacentes à regra; parece, assim, minimizar a qualidade da regra como princípio do direito internacional costumeiro, endossado pela prática dos Estados, pela doutrina e por grande número de decisões judiciais e arbitrais.

Todas estas teorias explanatórias tendem em última análise a convergir para a dicotomia básica das teses substantiva e processual. A teoria do *delito internacional complexo* inevitavelmente desemboca na tese substantiva, ao passo que a do *desdobramento funcional* acaba por encontrar-se com a tese processual. Esta última encontrou apoio entre os partidários da hipótese da regra de conveniência (*policy*), enquanto que os adeptos da teoria da regra de conflito sustentaram que em situações distintas pode a regra operar como sendo dotada de caráter substantivo *e/ou* processual. Retorna-se, desse modo, *à summa divisio* da teoria geral da regra do esgotamento dos recursos do direito interno no direito internacional. A polêmica parece perpetuar-se em torno das premissas básicas das teses substantiva e processual, sem fornecer resposta inteiramente satisfatória à questão da natureza da regra, que continua assim a resistir e desafiar as tentativas teóricas de sistematização.

Constitui esse antagonismo irreconciliável algo mais que mero exercício acadêmico? Um estudo sério da regra do esgotamento não

pode certamente se descuidar do problema de sua natureza jurídica; no entanto, tal estudo tampouco pode ignorar ou ocultar o fato de que, na prática, e especialmente em nossos dias, a regra tem sido invocada e aplicada em contextos fundamentalmente distintos. No contexto da responsabilidade dos Estados por danos causados a estrangeiros, muitas vezes os Estados atribuíram expressamente à regra um caráter substantivo, talvez desejosos de enfatizar seu caráter *preventivo vis-à-vis* o exercício da proteção diplomática de base interestatal discricionária. Todavia, persiste a impressão de que, ao levantar exceções de não esgotamento de recursos como um "obstáculo substantivo" à intervenção diplomática, na prática os Estados se preocuparam e se preocupam menos com o nascimento da responsabilidade internacional do que com sua implementação pelo exercício da intervenção diplomática.

Em contexto distinto, o da proteção internacional convencional contemporânea dos direitos individuais, a formulação expressa da regra em tratados internacionais toma a forma de uma condição de admissibilidade de reclamações internacionais. Pouco se pode duvidar de que nesse contexto a regra do esgotamento se aplique como regra de processo, como uma objeção dilatória ou exceção temporal de caráter processual. Contudo, tendo em vista as atuais função e prática dos tribunais nacionais na aplicação da regra do esgotamento dos recursos do direito interno de acordo com dispositivos de tratados sobre proteção de direitos individuais, e projetando sobre futuro próximo a atual natureza "processual" da regra nesse contexto, é bem possível se possa chegar a uma caracterização distinta da regra no futuro previsível[157].

157 Cf. discussão *in* A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Remedies in International Law and the Role of National Courts. *Archiv des Völkerrechts* (1976-1977), v. 17, n. 3, p. 1-38; e cf. A. A. Cançado Trindade. La méthode comparative en droit international: une perspective européenne. *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, Genève, v. 55, 1977, p. 273-287, esp. p. 280--282 e 286, para a conceituação de "droits et obligations de caractère civil/civil rights and obligations" no plano do direito internacional convencional contemporâneo.

Já em meados da década de setenta, quando assim já se manifestava, era esse nosso prognóstico. Desde então, ao longo de quatro décadas, até o presente (fins de 2017), ao acompanharmos atentamente a evolução da matéria, nos cursos anuais que temos ministrado ininterruptamente de 1988 até 2017 no Instituto Internacional de Direitos Humanos (Fundação René Cassin, em Estrasburgo), temos expressado a constatação de que, efetivamente, no sistema interamericano de proteção internacional dos direitos humanos a aplicação da regra dos recursos internos tem se concentrado na eficácia de tais recursos, e nas necessidades de proteção (a requerer presunções em benefício das vítimas). Sua incidência no presente domínio é assim distinta de sua aplicação na prática da proteção diplomática de nacionais no exterior.

Os dois contextos são essencialmente distintos, pelo que a aplicação da referida regra não é imutável em um e outro. Os recursos internos formam parte integrante do próprio sistema de proteção internacional dos direitos humanos, a ênfase recaindo no elemento de proteção com reparação (*redress*) ao invés do processo formal de esgotamento (de recursos). A regra dos recursos internos dá assim testemunho da interação entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto de proteção. Aqui nos encontramos diante de um *droit de protection*, com uma especificidade própria, fundamentalmente orientado às vítimas[158], e enfocado nos direitos de seres humanos individuais e não de Estados.

Em meu entendimento, as regras de direito internacional geralmente reconhecidas (às quais se refere a formulação da regra dos recursos internos em tratados de direitos humanos), além de seguirem uma evolução própria nos contextos distintos em que se

158 Para um estudo geral, cf. A. A. Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2ª ed. Porto Alegre: S.A. Fabris Ed., 2003, v. I, p. 1-640; v. II, p. 1-440; v. III, p. 1-663.

aplicam, necessariamente passam, quando inseridos em tratados de direitos humanos, por um certo grau de ajuste ou adaptação, ditado pelo caráter especial do objeto e propósito destes tratados e pela amplamente reconhecida especificidade da proteção internacional dos direitos humanos[159]. Já os princípios gerais do direito retêm sua relevância neste como em todos os domínios do direito internacional contemporâneo[160], como bem o revela o capítulo da responsabilidade internacional dos Estados.

159 Cf., *e.g.*, *inter alia*, A. A. Cançado Trindade. The Inter-American System of Protection of Human Rights (1948-2010): Evolution, Present State and Perspectives. In: *Dossier Documentaire/Documentary File – XLI Session d'Enseignement* (2010), v. II. Strasbourg: IIDH, 2009, p. 128-130; e cf., para um estudo geral, no mesmo sentido, A. A. Cançado Trindade. *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, *op. cit. supra* N. 10, p. 279-287, e cf. p. 1-443.

160 Cf., *e.g.*, A. A. Cançado Trindade. The International Law of Human Rights: Introductory Course", in *Dossier Documentaire/Documentary File – XLIII Session d'Enseignement* (2012), v. II. Strasbourg: IIDH, 2012, p. 14-16, e cf. p. 5-27; A. A. Cançado Trindade. *El Principio Básico de Igualdad y No-Discriminación: Construcción Jurisprudencial*. Santiago de Chile: Ed. Librotecnia, 2013, p. 39-748.

CAPÍTULO 7
A DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA NO DIREITO INTERNACIONAL: DOUTRINA, JURISPRUDÊNCIA, PRÁTICA DOS ESTADOS

Sumário: I. Sentido próprio e alcance da denegação de justiça. II. Interação entre denegação de justiça e esgotamento dos recursos internos. III. Conclusões.

7.1. Sentido próprio e alcance da denegação de justiça

O conceito de denegação de justiça, tão frequentemente utilizado na prática arbitral e judiciária assim como na doutrina, sempre apresentou grandes dificuldades à determinação precisa de seu sentido e alcance por definição ou enumeração. No entanto, o conhecimento adequado da noção de denegação de justiça, em relação à aplicação da regra do esgotamento dos recursos de direito interno no processo internacional, é relevante para a própria determinação da responsabilidade internacional dos Estados.

O termo *denegatio justitiae* incorporou-se ao vocabulário do direito internacional no transcorrer de longa evolução histórica, cujas origens remontam à baixa Idade Média, estreitamente ligada

à proteção outorgada pelo príncipe a seus súditos no exterior, cuja sanção por excelência era a concessão de represálias privadas[1]. É na instituição destas últimas, a partir dos séculos XIII e XIV, que se encontram as raízes históricas da denegação de justiça: com base na ideia da responsabilidade coletiva, as cartas de represália eram concedidas pelo príncipe ou rei para se assegurar a justiça onde houvera ela sido negada[2]. A origem de denegação de justiça está, assim, intimamente vinculada à da regra do esgotamento dos recursos internos[3].

Nos séculos XVI e XVII, o sistema de represálias privadas apresentou os primeiros sinais de declínio em alguns dispositivos de tratados, em decorrência da ascenção do Estado moderno, centralizando poderes e politicamente organizado, e detentor do exercício da função de proteção dos nacionais no exterior. Relacionado àquela função protetora, a denegação da justiça tornou-se um conceito do direito internacional *costumeiro*[4].

Ao fim do século XVIII, os Estados, como sujeitos e órgãos do direito internacional, haviam assumido exclusivamente a proteção dos interesses de seus nacionais no exterior, e a noção de denegação de justiça passou a ser utilizada em relação a alguma falha da justiça protetora (já desvinculada da antiga prática de represálias privadas). Condenou-se a justiça privada, e a nova teoria, com a

1 Charles de Visscher. La déni de justice en droit international. *Recuel des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye [RCADI]*, v. 54, 1935), p. 370; A. Nussbaum. *A Concise History of the Law of Nations*. N.Y.: Macmillan, 1947, p. 34.

2 Ch. de Visscher, *op. cit. supra* N. 1, p. 371-372 e n. 4; Lord McNair. *International Law Opinions*. Cambridge: Cambridge University Press, 1956, v. II, p. 297-304, e v. III, p. 414-415.

3 Cf. A. A. Cançado Trindade. Origin, and Historical Development of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law. *Revue belge de droit international*, v. 12, 1976, p. 99-527; and see A. A. Cançado Trindade. (Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century. *Nederlands Tijdschrift voor internationaal Recht/Netherlands International Law Review*, v. 24, 1977, p. 373-392.

4 A. V. Freeman. *The International Responsibility of States for Denial of Justice*. London: Longmans, 1938, p. 63.

predominância de uma concepção unitária do Estado, passou a favorecer uma sistematização dos deveres e responsabilidades internacionais dos Estados; por outro lado, entretanto, mostrou-se de certo modo restrita devido a um exagero da noção de soberania[5].

A cristalização tornou de certa maneira supérflua uma interpretação ampla do termo "denegação de justiça"; daí a necessidade de se examinar a falha da justiça protetora em *cada caso específico*. Spiegel advertiu que

> *toda a teoria da responsabilidade internacional se baseia em um standard que varia de acordo com as diversas circunstâncias do ato em questão. O termo "denegação de justiça" não transmite as características inatas daquele standard, pois este último depende não só da pessoa responsável pelo ato em questão, como também de diversas outras circunstâncias, como a situação do país como um todo*[6].

De fato, é quando se tenta determinar o *âmbito* da noção de denegação de justiça que surgem sérias divergências.

A jurisprudência dos tribunais internacionais fornece muitos exemplos de tal dificuldade. Assim, por exemplo, advogou-se ponto de vista particularmente amplo da denegação de justiça tanto no caso *El Triunfo Company (E.U.A.) vs. El Salvador* (1902)[7] quanto no caso *Robert E. Brown (E.U.A) vs. Grã-Bretanha* (1923)[8], em que se afirmou que não só os atos dos tribunais, mas também os dos governantes de um país – recaindo assim sob os poderes legislativo, executivo e judiciário – poderiam acarretar e contribuir

5 Ch. de Visscher, *op. cit. supra* N. 1, p. 373.

6 H. W. Spiegel. Origin and Development of Denial of Justice. *American Journal of International Law*, v. 32, (1938), p. 79-80.

7 *Reports of International Arbitral Awards*, v. XV, p. 459-479.

8 *Ibid.*, v. VI, p. 120-131.

para a configuração da denegação de justiça. A sentença no caso *Interoceanic Railway of Mexico et al. (Grã-Bretanha vs. México* (1931)[9], igualmente, sustenta a teoria de que a responsabilidade por denegação de justiça pode não restar necessariamente com as autoridades judiciais apenas, mas também com as não judiciais, embora no caso se tivesse concluído que não ocorrera denegação de justiça.

Adotou-se noção mais estreita de denegação de justiça no caso *Antoine Fabiani* (França *vs.* Venezuela, 1896)[10], envolvendo falhas de execução de uma sentença arbitral estrangeira provida de *exequatur* interno; a denegação de justiça foi então considerada em relação a atos de autoridades judiciais (negação de acesso aos tribunais, atrasos indevidos, pressão do executivo sobre os tribunais, suspensão do processo). No caso *Cotesworth e Powell* (Grã-Bretanha *vs.* Colômbia, 1875)[11], examinou-se a denegação de justiça no contexto de má conduta na administração da justiça e impossibilidade de execução de um julgamento (devido a um ato de anistia livrando o culpado das consequências de seus atos); traçou--se uma distinção entre a denegação de justiça e atos de injustiça notória (cf. *infra*), o primeiro conceito cobrindo, *e.g.*, atrasos indevidos e recusas dos tribunais a proferir julgamentos de modo apropriado, e o segundo aplicando-se a sentenças pronunciadas e executadas em manifesta violação do direito (estendendo-se, assim, além da recusa de acesso aos tribunais).

9 *Ibid.*, v. V, p. 178-190 and 133.

10 *Ibid.*, v. X, p. 83-139.

11 In J. B. Moore. *History and Digest of International Arbitrations*, v. II. Washington: Government Printing Office, 1898, p. 2050-2085. E cf. também o caso *Interocean Transportation Company of America (Great Britain) vs. United States* (1937), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* (1935/1937) (ed. H. Lauterpacht), p. 276-278 e p. 272-274, para a regra do esgotamento dos recursos internos.

No caso *Janes (E.U.A.) vs. México*, 1925)[12], configurou-se a denegação de justiça em relação à falha das autoridades em apreender um homicida, ao passo que no caso *Massey (E.U.A.) vs. México*, 1927)[13] disse ela respeito à falha das autoridades em punir um homicida, tendo se afirmado que a responsabilidade pode existir por atos de má conduta de quaisquer funcionários, qualquer que seja seu *status* ou posição hierárquica. No caso *North American Dredging Company of Texas (E.U.A.) vs. México* (1926)[14], manteve-se uma cláusula Calvo, impedindo o reclamante de apresentar o caso a seu governo (em relação à matéria contratual em questão), mas a cláusula não seria operante no evento de uma denegação de justiça em violação do direito internacional.

No caso *Martini* (Itália *vs.* Venezuela, 1930)[15], considerou-se a denegação de justiça em relação a uma decisão de uma Corte de Cassação nacional, cobrindo as questões da conduta dos juízes e de julgamentos errôneos ou injustos (dos tribunais internos), contrários a sentenças internacionais. No caso *Neer (E.U.A.) vs. México* (1926)[16], levantou-se a questão da denegação de justiça em relação a *standards* internacionais, considerando-se desnecessária ou impertinente a distinção entre seu sentido lato (i.e., aplicando--se a atos das autoridades do executivo e legislativo assim como a atos dos tribunais) e seu sentido restrito (aplicando-se a atos do judiciário)[17]. De modo semelhante, no caso *Eliza (E.U.A.) vs. Peru*,

12 *Reports of International Arbitral Awards*, v. IV, p. 82-98 e 138.

13 *Ibid.*, p. 155-164.

14 *Ibid.*, p. 26-35.

15 *Annual Digest of Public International Law Cases* (1929-1930) (ed. H. Lauterpacht), p. 153-158. Cf. também debate (sobre procedimentos em tribunais internos) no caso *Salem* (E.U.A. *vs.* Egito, 1932), *in Reports of International Arbitral Awards*, v. 11, p. 1188-1203.

16 *Reports of International Arbitral Awards*, v. IV, p. 60/66 e 138.

17 Cf. *ibid.*, p. 61.

1863)[18], sustentou-se que o tratamento de estrangeiros deveria ser determinado em relação ao direito internacional (a denegação de justiça, no caso, consistindo em falha em dar efeito a uma decisão judicial de proteção).

No caso *Chattin (E.U.A.) vs. México* (1927)[19], elaborou-se uma distinção entre responsabilidade indireta e direta, a primeira abrangendo, *e.g.*, falta de proteção pelo judiciário contra atos de indivíduos lesando um estrangeiro, e a segunda resultando de atos de funcionários do governo não relacionados com atos ilícitos prévios de indivíduos: a situação seria idêntica em relação ao dano, se causado pelo judiciário ou pelo executivo, e a denegação de justiça propriamente dita só ocorreria em relação a atos que implicassem ou acarretassem responsabilidade indireta.

Seria pertinente aqui observar que, por muito que tenham os casos acima clarificado a questão da denegação de justiça, desenrolaram-se eles no contexto mais amplo do tratamento de estrangeiros, em época em que o exercício da proteção diplomática era o mecanismo por excelência da implementação da responsabilidade internacional do Estado. Isto não é mais inteiramente verdadeiro hoje[20], tendo tal prática se tornado alvo de críticas com fundamentos distintos *(infra)*, e tendo as condições e circunstâncias da vida internacional, e o comportamento e as atitudes dos Estados nas relações entre si, modificado sensivelmente.

---

18 A. de La Pradelle; N. Politis. *Recueil des arbitrages internationaux*, v. II. Paris: Éd. Internationales, 1957, p. 271-280. Em sua *note doctrinale* muito citada sobre o caso, os autores se referem à "notion du déni de justice, dont le caractere fuyant et complexe semble défier toute définition" (*ibid.*, p. 280).

19 *Reports of International Arbitral Awards*, v. IV, p. 282-312.

20 Reconhece-se hoje que o apogeu dos temas da denegação de justiça e do esgotamento dos recursos internos, tal como tradicionalmente abordados no tratamento de estrangeiros particularmente, pertence ao passado; cf. Roberto Ago. First Report on State Responsibility. *Yearbook of the International Law Commission* (II, p. 137).

Não obstante, a jurisprudência (*supra*) revela uma certa uniformidade de opinião em um ou dois pontos: a ação internacional não pode se efetuar até que se tenham esgotado em vão os recursos do direito interno com o consequente estabelecimento de uma denegação de justiça, e não se pode presumir tal denegação até que se esgotem sem sucesso os recursos internos. Tal foi a posição tomada, *e.g.*, nas Arbitragens Venezuelanas de 1903. O árbitro da Comissão Ítalo-Venezuelana sustentou no caso *De Caro* que, como o reclamante não se valera do direito – sob o Código de Processo Civil venezuelano – de interpor um recurso diante de um tribunal nacional, não poderia receber reparação pelos danos: "certamente antes que pudesse ele recorrer a um tribunal internacional, uma vez terminada sua ação diante do tribunal [interno], deveria estar ele em condições de demonstrar a ocorrência de real denegação de justiça concernente ao assunto de sua apelação"[21]. E, no caso *Puerto Cabello, etc., Railway*, o árbitro da Comissão Britânico-Venezuelana declarou que não se poderia presumir uma denegação de justiça uma vez que a companhia reclamante havia preferido utilizar-se da ação diplomática sem ter recorrido previamente aos tribunais internos venezuelanos para solucionar as questões em litígio[22].

O problema do alcance da denegação de justiça foi também discutido no processo diante da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI). Assim, no caso *Losinger*, por exemplo, o agente

21 *Reports of International Arbitral Awards*, v. X, p. 643-644.

22 *Ibid.*, v. IX, p. 527 (o caso também ilustra o efeito da falha em esgotar recursos internos face a uma *demand for interest*). Outros casos poderiam ser aqui citados, como, *e.g.*, o caso das reclamações de *R. Gelbtrunk* e *"Salvador Commercial Co." et al.* (El Salvador vs. E.U.A., 1902), em que, levando em conta a regra do esgotamento dos recursos internos, os árbitros determinaram que uma reclamação internacional se justificaria em caso de denegação de justiça ou quando um recurso aos tribunais internos tivesse sido claramente inútil ou em vão; decidiu-se no caso que os reclamantes tinham direito a compensação. *Reports of International Arbitral Awards*, v. XV, p. 476-478. Mas no caso do *S.S. "Lisman"* (E.U.A. *vs*. Grã-Bretanha, 1937), embora o reclamante não tivesse ainda esgotado os recursos internos, sua reclamação foi examinada pelo árbitro em virtude de alegações de denegação de justiça; mas enfim, como o árbitro não encontrasse mérito algum na reclamação, foi esta consequentemente rejeitada. *Reports of International Arbitral Awards*, v. III, p. 1789-1790 e 1793.

do governo suíço (Sr. Sauser-Hall), em seu argumento oral de 5 de junho de 1936, traçou uma distinção entre denegação de justiça no direito interno e no direito internacional. No direito interno a expressão abrangia casos de recusa de acesso aos tribunais, ao passo que no direito internacional compreendia obstrução de acesso aos tribunais competentes, atrasos indevidos, obstáculos no processo de esgotamento dos recursos internos precedendo um pedido de proteção diplomática. A partir do momento em que o reclamante pudesse estabelecer com certeza a ineficácia das vias legais, estaria ele apto de acordo com o direito internacional a tentar obter reparação no plano internacional por intermédio de seu governo[23].

Na qualidade de consultor do governo belga no caso *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, Henri Rolin declarou, muito pertinentemente, diante da antiga CPJI, em 1º de março de 1939, que era possível delinear duas correntes teóricas de pensamento sobre a questão da denegação de justiça:

> *há os que entendem a denegação de justiça lato sensu como compreendendo a violação do direito internacional, e há os que, ao contrário, consideram-na como a falha no funcionamento formal do órgão judiciário nacional, mas que reconhecem, ao lado disso, como caso de responsabilidade internacional, a violação de um compromisso internacional por uma jurisdição nacional*[24].

O tópico da denegação de justiça tem sido alvo de atenção de diversas tentativas de codificação do direito sobre responsabilidade do Estado (principalmente por danos causados a estrangeiros) efetuadas por órgãos internacionais, entidades privadas ou

23 CPJI, caso *Losinger*, Série C, n. 78; Pleadings, Oral Statements and Documents; p. 313.

24 CPJI, caso da *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, *Série* C, n. 88; Pleadings, Oral Statements and Documents; p. 418.

indivíduos. Essas tentativas revelaram uma certa diversificação no abordamento do problema em questão. O projeto sobre proteção diplomática de 1925 do *American Institute of International Law*[25] e o *Restatement of Law* de 1965 do *American Law Institute*[26] parecem adotar um conceito amplo de denegação de justiça, imputável a um Estado por atos não especificamente de seus tribunais, mas de suas autoridades em geral. Enquanto alguns textos deixam a questão aberta[27] ou nela não se detêm[28], a grande maioria dos trabalhos de codificação sobre o tema conceberam a denegação de justiça como atinente a atos dos *tribunais* nacionais em particular: tais foram os casos, *e.g.*, do Projeto de Convenção sobre a Responsabilidade do Estado por Danos a Estrangeiros preparado em 1930 pelo *Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht*[29], assim como do Projeto de Convenção sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Ilícitos Internacionais elaborado em 1932 pelo professor Roth[30].

Mas mesmo aqueles que identificaram a denegação de justiça nos atos de órgãos *judiciais* apenas, discordaram entre si quanto ao âmbito da denegação de justiça. Podem-se distinguir duas correntes principais de pensamento: primeiramente, a que sustenta

25 Artigo IV, cit. *in Yearbook of the International Law Commission*, 1956-II, p. 227.

26 Foreign Relations Law of the United States, n. 178-182, cit. *in Yearbook of the International Law Comission*, 1971-II, p. 195.

27 Artigo 34 do "Projeto de Alejandro Alvarez sobre os Princípios Básicos do Direito Internacional" (como emendado e adotado pela *Académie Diplomatique Internationale*, 1935), *cit. in Revue de droit international*, v. 15, 1935, p. 538.

28 Projeto de 1926 da *International Law Association* do Japão, *in Yearbook of the International Law Commission*, 1969-II, p. 141; resolução de 1956 do *Institut de Droit International* sobre a regra do esgotamento dos recursos internos, *in Annuaire I.D.I.*, v. 46, 1956-II, p. 358; resolução de 1965 do *Institut de Droit International* sobre o caráter nacional de uma reclamação internacional apresentada por. um Estado por dano sofrido por um particular, *in Annuaire I.D.I.*, v. 51, 1965-II, p. 260-262. E cf. o trabalho do *Institut* de suas sessões de 1900 sobre responsabilidade do Estado por danos a estrangeiros, e de 1931/1932 sobre proteção diplomática de nacionais no exterior.

29 Artigo 3(3), cit. *in Yearbook of the International Law Commission*, 1969-II, p. 150.

30 Artigo 7, *cit. in ibid.*, p. 152.

que a denegação de justiça abrangeria também os "julgamentos manifestamente injustos" dos tribunais nacionais, tal como advogado pelo Projeto de 1929 da *Harvard Law School*[31], e pelo *Institut de Droit International* em sua sessão de 1927[32]. Mas é pertinente observar que, em seu Projeto de Convenção sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Danos a Estrangeiros, de 1961, os professores Sohn e Baxter, de Harvard, preferiram simplesmente não empregar a expressão "denegação de justiça", e utilizar ao invés dela os termos "denegação de acesso a um tribunal ou uma autoridade administrativa" e "denegação de um *fair hearing*"[33]. De modo semelhante, as Bases de Discussão (especialmente ns. 5 e 6) elaboradas em 1929 pelo Comitê Preparatório da Conferência da Haia para a Codificação do Direito Internacional procederam por meio de enumeração, sem empregar a expressão "denegação de justiça"[34]. E, novamente, em 1930, o artigo 9º dos dispositivos adotados pela III Comissão da Conferência de Codificação da Haia evitou utilizar o termo "denegação de justiça"[35].

A segunda corrente de pensamento representa possivelmente a mais restrita interpretação do conceito de denegação de justiça, igualando-o a denegação de *acesso* a tribunais internos. Tal foi a posição advogada em 1926 por G. Guerrero em seu relatório ao Comitê de Peritos para a Codificação Progressiva do Direito Internacional da Liga das Nações: "a denegação de justiça consiste em recusar a permissão a estrangeiros de acesso fácil aos tribunais

31 Artigo 9, *cit. in Yearbook of the International Law Commission*, 1956-II, p. 229.

32 *Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 33, 1927-III, p. 330-335; cf. principalmente Artigos 5 e 6 das resoluções, p. 331-332.

33 Artigos 6, 7 e 8, cit. *in Yearbook of the International Law Commission*, 1969-II, p. 143-144.

34 Cit. *in Yearbook of the International Law Commission*, 1956-II, p. 223, e cf. p. 223-225 para outras Bases de Discussão pertinentes.

35 Cf. *ibid.*, p. 226, e cf. p. 225-226 para outros artigos pertinentes. De modo semelhante, a Arbitragem Geral Panamenho-Americana de Reclamações prescindiu do termo "denegação de justiça"; cf. H. W. Briggs. *The Law of Nations*. 2ª ed. N.Y.: Appleton-Century Crofts, 1952, p. 679.

para defender os direitos que o ordenamento jurídico nacional lhes concede; a recusa por parte do juiz competente de exercer jurisdição também constitui uma denegação de justiça"[36]. No ano seguinte, o Projeto de Tratado, de autoria do professor Strupp, sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos, também caracterizou a denegação de justiça como denegação a estrangeiros de *acesso* aos tribunais nacionais[37].

A noção de denegação de justiça foi também interpretada restritivamente em parecer sobre os Princípios do Direito Internacional Regendo a Responsabilidade do Estado, proferido em 1962 pela Comissão Jurídica Interamericana (parecer da maioria), representando os pontos de vista de dezesseis países latino-americanos sobre a matéria; o parecer dispôs que "o Estado não é internacionalmente responsável por uma decisão judicial que não seja satisfatória ao reclamante"[38].

Um exame da bibliografia jurídica especializada no tema revela a mesma variedade de abordamento do problema da denegação de justiça. Dentre os expoentes de uma interpretação mais ampla do termo situam-se, *e.g.*, Hyde, para quem a expressão abrange as falhas por parte de qualquer departamento ou agência do Estado relativas a qualquer dever para com os estrangeiros impostos pelo direito internacional ou por tratado com seu país[39], e Fitzmaurice, que defende a aplicação do termo a todo dano envolvendo a responsabilidade do Estado, cometido por tribunais ou quaisquer ór-

36 *Cit. in Yearbook of the International Law Commission*, 1956-II, p. 222.

37 Artigo 6, *cit. in Yearbook of the International Law Commission*, 1969-II, p. 151-152.

38 OEA, doc. OEA/Ser.I/V1.2, CIJ-61, p. 8. Para as posições conflitantes dos E.U.A. sobre o assunto, cf. OEA, doc. (de setembro de 1965) OEA/Ser.I/VI.2.CIJ-78, p. 7-9. E, sobre o *background* da prática latino-americana, cf. materiais *in Yearbook of the International Law Commission*, 1956-II, p. 226.

39 C. C. Hyde. *International Law*, v. II. 2ª ed. rev. Boston: Little-Brown & Co., 1945, p. 909-917.

gãos do governo em sua capacidade oficial em relação à administração da justiça[40].

Entretanto, a maioria esmagadora de especialistas favorece, com variações, uma definição mais restrita de denegação de justiça, adequadamente limitada à conduta errônea de tribunais ou juízes, i.e., do órgão judicial encarregado da administração apropriada da justiça: tal é a posição assumida por Borchard[41], Durand[42],

40 G. G. Fitzmaurice. The Meaning of the Term "Denial of Justice". *British Yearbook of International Law*, v. 13, 1932, p. 108-114. E cf. também D. W. Greig. *International Law*. London: Butterworths, 1970, p. 420-425, Similarmente, A. Moussa adota em princípio a concepção ampla de denegação de justiça, mas acrescenta que apenas em casos em que a denegação não resulta do prosseguimento dado ao processo já começado é que poderá a regra do esgotamento dos recursos internos ser suspensa em seus efeitos em virtude de denegação de justiça; A. Moussa. L'étranger et la justice nationale. *Revue générale de Droit international public*, v. 41, 1934, p. 455, e cf. p. 441-459. Irizarry y Puente objeta à concepção restrita da denegação de justiça com base no argumento de que esta última pode ocorrer em caso de um departamento coordenado do governo deixar de agir, desse modo envolvendo tanto o executivo quanto o legislativo. Para ele, a definição ampla de denegação de justiça apresenta quatro elementos constitutivos, a saber: recusa de acesso aos tribunais; recusa de decisão, atraso na decisão, ou aplicação errônea da lei a um caso; falta de legislação ou legislação inadequada; e falha administrativa. Mas o pedido por parte do estrangeiro de proteção diplomática por denegação de justiça seria barrado se o direito de fazer valer seus direitos nos tribunais internos fosse proscrito por limitações estatuídas, ou no caso de uma cláusula Calvo, ou se o julgamento do tribunal tiver se tornado res *judicata.* Contudo, o termo denegação de justiça compreende em princípio atos ou omissões de *todos* os ramos do governo (executivo, legislativo e judiciário), afirma o autor. Admitindo a possibilidade de um julgamento interno definitivo ou final ser *impeachable* pelo estrangeiro com base em denegação de justiça, Irizarry y Puente acrescenta que do ponto de vista do direito internacional a eficácia legal de uma sentença final deve depender "da obrigação internacional do Estado de não administrar a justiça de uma maneira *notoriamente injusta*". J. Irizarry y Puente. The Concept of "Denial of Justice" in Latin America. *Michigan Law Review*, v. 43, 1944, p. 383/385, 395-401 e 405-406; o autor, assim, cautelosamente endossa a tese do *standard* internacional de tratamento de estrangeiros.

41 E. M. Borchard. *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*. N.Y.: Banks Law Publ. Co., 1916, p. 330--343; E. M. Borchard. Theoretical Aspects of the International Responsibility of States. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, v. 1, 1929-I, p. 246.

42 Ch. Durand. La responsabilité internationale des États pour déni de justice. *Revue générale de Droit international public*, v. 38, 1931, p. 711/712.

Bevilaqua[43], Anzilotti[44], Strisower[45], Accioly[46], Ch. Rousseau[47], Henri Rolin[48], Oppenheim-Lauterpacht[49], Brownlie[50], Kelsen[51], Castberg[52], Ago[53], Brierly[54].

As conotações distintas do termo "denegação de justiça" em adjudicações internacionais têm dado margem a um certo ceticismo acerca de sua utilidade. Deve-se o sentido impreciso do termo (interpretações restrita e lata), segundo Lissitzyn, ao fato de que "a determinação de certas controvérsias quase nunca dependeu do sentido atribuído ao termo. Em quase todos os casos a verdadeira questão sempre consistiu em [determinar-se] se um Estado era ou não responsável internacionalmente por

43 C. Bevilaqua. *Direito Público Internacional*, v. I. Rio de Janeiro: ed. Freitas Bastos, 1911, p. 219; e cf. também S. Sfériadès. La problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales. *RCADI*, v. 51, 1935, p. 73-76.

44 D. Anzilotti. La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers. *Revue générale de Droit international public*, v. 13, 1906, p. 20-25.

45 Observações do autor, *in Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 33, 1927-I, p. 476-479, e cf. discussões *in Annuaire I.D.I.*, v. 33, 1927-III, p. 120 ss.

46 H. Accioly. Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 96, 1959-I, p. 378-385.

47 Charles Rousseau. *Droit international public*. Paris: Rec. Sirey, 1953, p. 374-376 (incluindo também "julgamentos manifestamente injustos").

48 Henri Rolin. Le contrôle international des juridictions nationales. *Revue Belge de Droit international*, v. 3-4, 1967/1968, p. 10-18, e cf. p. 181, 188 e 202.

49 L. Oppenheim. *International Law – A Treatise* (ed. H. Lauterpacht), v. I. 8ª ed. London: Longmans, 1967, p. 359-361.

50 Ian Brownlie. *Principles of Public International Law*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1973, p. 514-516.

51 H. Kelsen. *Principles of International Law*. 2ª ed. N.Y.: Holt-Rinehart and Winston, 1966, p. 370-371.

52 Observações do autor, *in Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 45, 1954-I, p. 64.

53 Observações do autor, *in ibid.*, p. 35-39.

54 J. L. Brierly. *The Law of Nations*. 6ª ed., ed. H. Waldock. Oxford: Clarendon Press, 1963, p. 286-291. E para uma avaliação do termo, cf. J. G. de Beus. *The Jurisprudence of the General Claims Commission, United States and Mexico*. The Hague: M. Nijhoff, 1938, p. 147-201, e p. 130-132 para a regra do esgotamento dos recursos internos; e sobre a relação entre esta regra e a denegação de justiça (*e.g.*, na prática das Comissões de Reclamações E.U.A.-México), cf. também: F. S. Dunn. *The Diplomatic Protection of Americans in Mexico*. N.Y.: Columbia University Press, 1933, p. 199-273 e 24.

determinado ato ou omissão, e se tal ato ou omissão poderia ou não ser denominado denegação de justiça. Donde o uso incidental do termo na maioria dos casos"[55]. Conclui o autor, desse modo, que se deveria evitar o termo tanto quanto possível, mesmo porque "os atos ou omissões específicos supostamente abrangidos por ele podem ser enumerados e definidos expressamente"[56].

Esse ponto de vista foi contestado por A. V. Freeman, que viu na expressão vaga de "denegação de justiça" uma característica dos "ramos vivos e em crescimento da ciência jurídica" em períodos de formação, emanando não exatamente de desacordo terminológico, mas sim de teses conflitantes remontando às próprias raízes da responsabilidade do Estado propriamente dita[57]. No decorrer de sua elaborada análise do tema, Freeman utiliza a expressão "denegação de justiça" em relação a falhas do Estado em sua obrigação internacional de estender proteção *judicial* aos direitos dos estrangeiros.

O exame de Freeman da distinção entre a responsabilidade sob o direito interno e sob o direito internacional, ou da relação entre o direito interno e o direito internacional no que tange à proteção judicial, constitui possivelmente uma de suas principais contribuições ao estudo da matéria. No direito interno, a noção de denegação de justiça era processual (i.e., deve haver acesso aos tribunais do país, e o juiz deve administrar a justiça

55 O. J. Lissitzyn. The Meaning of Denial of Justice in International Law. *American Journal of International Law*, v. 30, 1936, p. 645, cf. p. 638-645.

56 O. J. Lissitzyn, *op. cit. supra* N. 55, p. 646. Anos depois, na sessão de 1954 do *Institut de Droit International*, o *rapporteur* Verzijl levantou a questão se a denegação de justiça deveria ser abordada por meio de definição ou enumeração, verificando então que a grande maioria dos participantes preferia as fórmulas globais à enumeração de casos de denegação de justiça; Verzijl acrescentou que "si cela est recommendable pour le concept de 'déni de justice', il semble en même aussi pour la délimitation du domaine du *local redress* préalable et obligatoire". Observações do autor, *in Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 45, 1954-I, p. 97.

57 A. V. Freman, *op. cit. supra* N. 4, p. 182-183, e cf. p. 175.

apropriadamente), não se estendendo à violação de direitos sob o direito substantivo. No direito internacional o problema era diferente:

> *as obrigações do Estado em relação a seus nacionais, e seus direitos mútuos perante os tribunais são uma coisa; os deveres impostos pelo direito internacional com respeito à proteção judicial dos nacionais de outros Estados são outra coisa bem diferente. A denegação de justiça na esfera internacional tem uma importância consideravelmente maior do que o conceito no direito interno, destinando-se [...] a garantir e salvaguardar os direitos dos estrangeiros. Dever-se-ia, pois, tornar necessária a modificação da definição processual tradicional*[58].

A concepção restrita da denegação de justiça como uma recusa processual de acesso aos tribunais reduziu demasiadamente as regras regendo as obrigações do Estado concernentes ao tratamento judicial dos estrangeiros; por outro lado, a concepção lata da denegação de justiça, abrangendo todo ilícito internacional contra estrangeiros por parte de qualquer agência do Estado, gerou muita incerteza em torno dos princípios. Consequentemente, ambas posições extremas foram rejeitadas por Freeman, que esposou um conceito moderadamente estreito de denegação de justiça, denotando "uma certa má conduta por parte do judiciário ou órgãos funcionando na administração da justiça a estrangeiros"; dessa forma, o termo passaria a ter "valor, definitivo ao indicar um tipo específico de ilícito internacional e ao colocar em nível compreensivo a análise da conveniência ou fundamento de determinada reclamação sob a regra do esgotamento dos recursos internos"[59].

58 *Ibid.*, p. 178, e cf. p. 13-27 e 72-115.

59 *Ibid.*, p. 106, e cf. p. 105-115 e 177. Observou G. Jaenicke que as várias definições propostas de

Para Freeman, assim, "as obrigações implícitas no conceito de denegação de justiça são duplas: primeiramente, elas cobrem a operação processual do mecanismo judiciário; e em segundo lugar, elas compreendem o tratamento substantivo que se deve estender aos estrangeiros pelos tribunais ou quaisquer outros órgãos encarregados pelo Estado da função de administrar a justiça"[60].

Também preocupado com um entendimento claro do termo, Jiménez de Aréchaga advertiu que o sentido do termo

> *denegação de justiça' não deveria ser empregado como um método de se restringir ou ampliar o âmbito da responsabilidade do Estado; a objeção óbvia é a de que a denegação de justiça e a responsabilidade do Estado não são expressões co-extensivas, e a de que a responsabilidade do Estado por atos do judiciário não se exaure no conceito de denegação de justiça*[61].

Mas isto não equivale a afirmar que o sentido da denegação de justiça torna-se tão somente uma questão de terminologia; é também uma questão de importância prática, uma vez que

denegação de justiça revelam que "a ênfase no direito do estrangeiro à proteção judicial é colocada no aspecto institucional e organizacional dos recursos" (*e.g.*, independência e imparcialidade dos tribunais, concessão de audiência adequada, oportunidade de apresentar provas relativas a dispositivos contra atrasos do processo, e assim por diante); um fator fora de dúvida parece ser o de que "a proteção legal contra uma denegação de justiça pressupõe uma jurisdição civil e criminal em funcionamento, e o de que deve o estrangeiro ter acesso aos tribunais civis para processar e defender seus direitos civis contra outros nas mesmas condições que os cidadãos (nacionais)". G. Jaenicke. Judicial Protection of the Individual within the System of International Law. In: *Gerichtsschutz gegen die Exekutive/Judicial Protection against the Executive*, v. 3. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Köln: Heymanns/Oceana, 1971, p. 303-304.

60 A. V. Freeman, *op. cit. supra* N. 4, p. 51. e cf. p. 67. E para o levantamento do autor das várias formas de denegação de justiça na prática internacional, cf. *ibid*., capítulos VIII a XIV, p. 196-399.

61 E. Jiménez de Aréchaga. International Responsibility. In: M. Sörensen (ed.). *Manual of Public International Law*. London: Macmillan, 1968, p. 555, e cf. p. 553-555.

a maioria dos tratados de arbitragem que utilizam a noção de denegação de justiça não a definem[62]. Por conseguinte,

> *os tratados concluídos com base no conceito tradicional de denegação de justiça, tal como desenvolvido no direito de represálias e ensinado por escritores como Vattel, Fauchille e Anzilotti, deveriam ser interpretados à luz daquele conceito, que se restringe à recusa de acesso aos tribunais, ao atraso indevido em proferir decisões. Um julgamento manifestamente injusto, ou qualquer outra violação de regras internacionais pelos tribunais, pode dar origem à responsabilidade do Estado, mas a reclamação de que um julgamento [no ordenamento interno] é injusto não se sujeita per se a arbitragem sob aqueles tratados. Tornar-se-ia necessário um acordo especial para arbitrar tal reclamação*[63].

Uma corrente de pensamento que propôs uma distinção entre os sentidos *formal* e *material ou substantivo* da denegação de justiça clarificou até certo ponto a significação e o alcance daquele conceito. Um de seus maiores expoentes, Charles de Visscher, observou que, enquanto que no passado a denegação de justiça já tinha se transformado no fundamento de todas as reclamações internacionais, só em época relativamente recente é que foi sistematizada a teoria geral da responsabilidade internacional dos Estados, e a definição de denegação de justiça tornou-se o campo de batalha entre Estados expansionistas interessados em estender ou ampliar o seu sentido e outros Estados tentando restringir a acepção do termo

62 E. Jiménez de Aréchaga, *op. cit. supra* N. 61, p. 555-556.

63 *Ibid.*, p. 556, e cf. p. 556-557. Para um debate sobre denegação de justiça, se abrangendo ou não julgamentos injustos, à luz do caso *Barcelona Traction*, cf. E. Jiménez de Aréchaga. International Responsibility of States for Acts of the Judiciary. In: W. Friedmann; L. Henkin; O. Lissitzyn (ed.). *Transnational Law in a Changing Society – Essays in Honor of Ph.C. Jessup*. N.Y.: Columbia University Press, 1972, p. 171-187.

tanto quanto possível. Só mais recentemente é que propriamente se reconheceu que a responsabilidade internacional do Estado não se reduzia à denegação de justiça, e nem tampouco era esta última o único fator a engajar tal responsabilidade[64].

As diferenças terminológicas tornaram-se supérfluas em face do problema básico das condições de existência da responsabilidade internacional. Tal como concebida *stricto sensu* pelos autores clássicos, a denegação de justiça consistia na recusa de acesso aos tribunais ou em atrasos indevidos e obstáculos injustificáveis contra estrangeiros; Vattel, por exemplo, distinguiu diversos modos pelos quais a denegação de justiça poderia ocorrer, a saber, denegação de acesso aos tribunais ou atrasos indevidos – o sentido *formal* da denegação de justiça – e julgamentos manifestamente injustos – o sentido *material* da denegação de justiça[65].

Charles de Visscher adotou o sentido formal do termo, ao definir a denegação de justiça em seu curso de 1923 na Academia de Direito Internacional[66]; mas, em seu curso na Haia de 1935, propôs ele uma definição mais ampla do termo, abrangendo igualmente os julgamentos manifestamente injustos, e cobrindo assim todas as falhas na função do Estado e obrigação internacional de conceder proteção judicial aos estrangeiros[67]. Sustentou-se, assim, que o termo denegação de justiça possuía dois aspectos principais, a saber:

64 Ch. de Visscher, *op. cit.* N. 1, p. 385 e 419.

65 *Ibid.*, p. 388/389; acrescentou ele que a denegação de justiça aparecia com muito mais clareza em seu aspecto formal do que em seu aspecto material (*ibid.*, p. 395).

66 Cf. Charles de Visscher. La responsabilité des États. *Bibliotheca Visseriana*, v. 2, 1924-II, p. 99-100.

67 Ch. de Visscher, "La déni de justice...", *op. cit. supra* N. 1, p. 390 e 392, e cf. p. 389 n. 2. Desse modo, rejeitou o autor tanto o ponto de vista restrito, limitando a responsabilidade à recusa de acesso aos tribunais, quanto a tese mais ampla, estendendo o termo a toda e qualquer ofensa contra o estrangeiro (e assim esvaziando o termo de todo significado técnico e dando origem a incertezas); cf. *ibid.*, p. 392-393 e 386, respectivamente. A respeito da definição de denegação de justiça proposta pelo autor (em seus aspectos formal e substantivo), cf. também: Charles de Visscher. *Théories et realités en droit international public*. 4ª ed. rev. Paris: Pédone, 1970, p. 307-317.

denegação de justiça *formal ou processual*, caso os tribunais nacionais não operassem ou não fossem acessíveis aos estrangeiros ou quando irregularidades (tais como atrasos indevidos) ocorressem no curso ordinário do processo, e denegação de justiça *material ou substantiva*, em caso de julgamentos manifestamente injustos em violação de preceito legal claro ou em caso de falha do Estado em fornecer recursos internos como requerido pelo direito internacional; esta distinção encontrou apoio expresso também nos escritos de Erich Kaufmann[68], Guggenheim[69] e O'Connell[70]. Scelle preferiu discorrer sobre tipos *orgânico e funcional* de denegação de justiça, o primeiro ocorrendo quando não se permitisse o funcionamento do mecanismo institucional nacional para reparação de danos, e o segundo ocorrendo quando o mecanismo para a reparação estivesse organizado, mas a decisão final tivesse sido manifestamente injusta[71].

Agravou-se o problema da denegação de justiça pela antinomia clássica entre os *standards* nacional e internacional de tratamento de estrangeiros, antinomia subjacente ao tema. Garcia Amador percebeu tal dificuldade quando, em seu Segundo Relatório sobre a Responsabilidade do Estado por Danos a Estrangeiros (1957) à Comissão de Direito Internacional da ONU, observou que "em matéria de responsabilidade pela conduta de órgãos judiciais o problema fundamental é o seguinte: o ato ou omissão causador do dano deve ser julgado em conformidade com um *standard* internacional ou com o próprio direito interno do país?"[72]. García Amador tentou apresentar uma síntese da matéria ao associar a

---

68 E. Kaufmann. Règles générales du Droit de la paix. *RCADI*, v. 54, 1935, p. 431-432.

69 Paul Guggenheim. *Traité de Droit international public*, v. II. Genève : Georg & Cie, 1954, p. 13-14.

70 D. P. O'Connell. *International Law*, v. II. 2ª ed. London: Stevens, 1970, p. 945-950.

71 Observações do autor, *in Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 45, 1954-I, p. 79, e cf. p. 78-81.

72 *Yearbook of the International Law Commission*, 1957-II, p. 112, cf. p. 110-112.

noção de denegação de justiça à questão da violação dos direitos individuais fundamentais: "o problema não pode e não deveria ser apresentado em termos de posições opostas irreconciliáveis, como ocorria na prática no passado. Os atos e omissões em questão aqui são, naturalmente, os que violam direitos humanos *fundamentais*"[73], declarou ele.

De fato, seu Projeto revisto de 1961 sobre a Responsabilidade do Estado por Danos a Estrangeiros sustentava que considerar-se-ia como ocorrida uma denegação de justiça se os tribunais nacionais privassem os estrangeiros de certos direitos humanos fundamentais (direito de acesso a salvaguardas, direito a audiência pública, outros, direitos em matérias criminais), ou se fosse proferida uma decisão manifestamente injusta (excluído o erro judicial não gerando a responsabilidade do Estado), ou se uma decisão de um tribunal nacional ou internacional não fosse executada com o claro intuito de causar-lhes danos[74].

73 *Ibid.* Para uma avaliação do *standard* de "tratamento nacional" e do *standard* "mínimo" no contexto do direito do tratamento de estrangeiros, cf. A.H. Roth. *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*. Leyden: Sijthoff, 1949, p. 62-123.

74 Artigo 3, *cit. in Yearbook of the International Law Commission*, 1961-II, p. 46-47, e cf. p. 46-48 para os artigos 4 a 6; no que diz respeito à denegação de justiça, comparar artigos 4 e 15(3) do projeto original com os artigos 3 a 16 e 18 do projeto revisto. Abordando, de modo semelhante, a clássica antinomia entre o padrão interno e o padrão mínimo internacional no tratamento de estrangeiros, Jennings sugeriu que podem eles vir a passar por novos desenvolvimentos sob o recente impacto do direito relativo à proteção dos direitos humanos, que, juntamente com o direito da responsabilidade do Estado *vis-à-vis* estrangeiros pode ainda, eventualmente, atingir uma síntese. Cf. R. Y. Jennings. General Course on Principies of International Law. *RCADI*, v. 121, 1967, p. 488, cf. p. 486-494. Escritores russos que abordaram o direito internacional e a responsabilidade do Estado, ao invés de se deterem no tema da denegação de justiça e matérias afins, parecem ter preferido se concentrar em outros aspectos mais recentes do direito da responsabilidade internacional dos Estados (incluindo a responsabilidade do Estado por atos afetando a paz internacional, e por atividades perigosas tais como testes nucleares, poluição do meio ambiente, e assim por diante): cf. G. I. Tunkin. *Droit international public – problèmes théoriques*. Paris: Pédone, 1965, p. 192, e cf. p. 191-227; resenha bibliográfica de P. Kouris de D.B. Levine. *La responsabilité des États dans le droit international contemporain* (em russo, Moscou, 1966). *Revue générale de Droit international public*, v. 72, 1968, p. 269-272; e, para um abordamento semelhante, cf. também: P. Reuter. Príncipes de droit international public. *RCADI*, v. 103, 1961, p. 592-593 e 599; R. Quadri. Cours général de droit international public. *RCADI*, v. 113, 1964, p. 456-457 e 468-471.

7.2. Interação entre denegação de justiça e esgotamento dos recursos internos

Tendo considerado o sentido próprio e o alcance da denegação de justiça, podemos agora examinar sua interação com a regra do esgotamento dos recursos do direito interno no processo legal internacional. Como observou o árbitro Huber no caso da *Zona Espanhola de Marrocos* (Reino Unido v. Espanha, 1924, reclamação nº 53, de M. Ziat e B. Kiran), é princípio reconhecido do direito internacional que em países em que os estrangeiros estejam sujeitos à jurisdição territorial, uma reclamação internacional baseada em uma alegação de denegação de justiça "não é admissível a não ser que as diferentes instâncias da jurisdição local competente tenham sido previamente esgotadas"[75]. De modo semelhante, observou Freeman, a regra do esgotamento dos recursos internos é "um imperativo que opera em interação com o conceito de denegação de justiça para formar a base da maioria das reclamações internacionais"[76].

Com efeito, tanto a prática diplomática quanto a adjudicação internacional deram margem a uma certa confusão entre denegação de justiça e esgotamento de recursos internos. Na prática, a denegação de justiça como fundamento da interposição diplomática

75 *Reports of International Arbitral Awards*, v. II, p. 731. E cf. as observações subsequentes de Huber sobre denegação de justiça *in Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 46, 1956, p. 40.

76 A. V. Freeman, *op. cit. supra* N. 4, p. 410. Guerrero referiu-se à denegação de justiça como sendo elemento essencial da regra do esgotamento dos recursos internos: cf. observações *in Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 45, 1954-I, p. 67-68; cf. também os comentários de Bourquin sobre o assunto, *in ibid.*, p. 52, 54 e 57, e *in Annuaire I.D.I.*, v. 46, 1956, p. 29. Sobre a relação entre a denegação de justiça e a regra do esgotamento dos recursos internos, cf. também D. P. O'Connell, *op. cit. supra*, N. 70, v. II, p. 945-496. Na prática dos tratados, consideravelmente vasta, que diz respeito à questão da denegação de justiça, podem-se distinguir duas posições básicas: a que considera competente o órgão internacional para decidir controvérsias acerca da denegação de justiça, e a que mantém que o estabelecimento de uma denegação de justiça é um pressuposto da competência do órgão internacional de proferir uma decisão final no caso em questão. Para exemplos de ambas as posições, cf. as listas de tratados enumerados *in* G. Gaja. *L'Esaurimento dei Ricorsi Interninel Diritto Internazionale*. Milano: Giuffrè, 1967, p. 143-144 n. 20; e sobre a questão dos "atrasos razoáveis", cf. *ibid.*, p. 166-168 n. 51.

pode perfeitamente relacionar-se com a regra do esgotamento dos recursos internos como pressuposto de tal interposição. Assim, não é surpreendente que, na prática diplomática, tenha-se confundido o termo denegação de justiça com o requisito do prévio esgotamento dos recursos internos, uma vez que o termo tem sido usado para significar a ausência ou falha de tais recursos[77]. Sugeriu-se, por exemplo, que a sentença da Comissão de Arbitragem no caso *Ambatielos* (ampliando o âmbito da regra do esgotamento dos recursos internos de forma a abranger também os recursos processuais)[78] poderia ter sido "o resultado de uma certa confusão entre o esgotamento dos recursos internos e a denegação de justiça *stricto sensu*"[79].

Mas por mais inter-relacionadas que possam estar essas duas questões, permanecem elas, não obstante distintas. A noção substantiva de responsabilidade internacional diz respeito à obrigação do Estado de reparar as consequências de um ato ilícito a ele imputável; nesse contexto, observa Charles de Visscher, a denegação de justiça é distinta do dever de esgotamento dos recursos internos. A primeira é um tipo de ato internacionalmente ilícito constituído pela falha do Estado em seus deveres de proteção judicial a estrangeiros; o segundo constitui uma regra processual afetando menos as condições de existência da responsabilidade do que as condições de exercício da reclamação[80].

77 O. J. Lissitzyn, *op. cit. supra* N. 55, p. 637.

78 *Reports of International Arbitral Awards*, v. XII, p. 833 ss., esp. p. 119.

79 Roger Pinto. La sentence *Ambatielos*/The *Ambatielos* Award. *Journal du droit international* (Clunet), v. 84, 1957, p. 599. Ademais, "perante a Corte Internacional de Justiça, o governo britânico tratou a reclamação grega como se esta tivesse em vista o funcionamento defeituoso dos tribunais ingleses, uma denegação de justiça" (*ibid.*, p. 599-601).

80 Ch. de Visscher, "Le déni de justice...", *op. cit. supra* N. 1, p. 421, e cf. p. 426-427; e, para um estudo posterior da questão, cf. A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts. *Archiv des Völkerrechts*, v. 17, 1977-1978, p. 333-370, esp. p. 364-370.

Possivelmente uma das principais contribuições de C. Eagleton ao estudo do problema foi sua clarificação da relação entre a denegação de justiça e o esgotamento dos recursos internos. "Uma denegação de justiça só pode surgir nos casos em que se aplique a regra do esgotamento dos recursos internos", afirmou ele; "as duas regras são interligadas e inseparáveis: deve-se tentar utilizar os recursos internos até que ocorra uma denegação de justiça; uma denegação de justiça é uma falha nos recursos internos"[81]. Baseado em dados fornecidos pela prática dos Estados, acrescentou ele que o termo "denegação de justiça" era comumente usado em relação à "falha dos recursos *judiciais*", o que refortalecia o argumento de que tal denegação só se configurava quando falhavam os recursos internos[82]. A regra do esgotamento dos recursos de direito interno exercia, desse modo, uma dupla função: em caso de sucesso, a operação dos recursos internos serviria para isentar uma responsabilidade precedente; em caso de insucesso, criaria uma responsabilidade original, ou então afirmaria uma responsabilidade final, e era esta segunda e última fase que fornecia exemplos de denegação de justiça[83].

Pode-se abordar a relação entre a denegação de justiça e o esgotamento dos recursos internos de ângulo diferente, se se considerar a denegação de justiça como o fundamento de uma

81 Clyde Eagleton. *The Responsibility of States in International Law*. N.Y.: University Press, 1928, p. 113. O autor salienta que "praticamente sempre se discute a denegação de justiça em conexão com a regra segundo a qual os recursos internos devem, em primeiro lugar, ser esgotados"; Clyde Eagleton. Denial of Justice in International Law. *American Journal of International Law*, v. 22, 1928, p. 542.

82 C. Eagleton. "Denial of Justice...", *op. cit. supra* N. 81, p. 543-544, cf. p. 543-554.

83 *Ibid.*, p. 551. Ponderou Eagleton que, embora surgisse mais frequentemente nos tribunais, a denegação de justiça poderia também incluir "ações legislativas ou executivas que interfiram com o processo de obter reparação legal"; a denegação de justiça denotaria "a falta de reparação, que é geralmente um processo judicial, e inclui falhas judiciais em razão de influências do executivo ou legislativo; por outro lado, não pode ser ampliada para abranger todas as ilegalidades que ocorram resultando em reclamações internacionais". Enfatizando a necessidade de uma terminologia precisa, afirmou Eagleton que "o termo denegação de justiça deveria ser limitado em seu alcance"; cf. *ibid.*, p. 541-559.

reclamação internacional em que a questão básica seja "o que o Estado reclamado, através da instrumentalidade das instituições [de reparação], fez ou deixou fazer em detrimento do reclamante", e se se considerar como a questão básica subjacente à regra do esgotamento dos recursos internos "o que o reclamante fez ou deixou de fazer em detrimento de si próprio ao utilizar-se dessas instituições"[84]. Encarando desse ângulo o problema, talvez se possa sugerir – como de fato o fez D. R. Mummery – que as regras relativas à denegação de justiça podem derivar raízes diferentes das do princípio do esgotamento dos recursos internos; mas mesmo assim, como Mummery prontamente acrescentou, tanto uma como outra dizem respeito secundariamente a aspectos opostos:

> *o princípio da denegação de justiça, ao que o reclamante fez ou deixou de fazer, em seu próprio detrimento, assim contribuindo para o dano; a regra do esgotamento dos recursos internos [...] ao que o Estado reclamado fez ou deixou de fazer, i.e., forneceu ou deixou de fornecer, em detrimento do reclamante, deixando assim de prover um recurso eficaz*[85].

Por isso, em última análise,

> *não obstante os standards diferentes que assim permeiam as duas regras, frequentemente os casos de aplicação de uma regra serão de valor no contexto da outra; em particular, casos de denegação de justiça nos tribunais fornecerão às vezes exemplos a fortiori de recursos legais internos ineficazes*[86].

84 D. R. Mummery. The Content of the Duty to Exhaust Local Judicial Remedies. *American Journal of International Law*, v. 58, (1964), p. 412.

85 D. R. Mummery, *op. cit.*, p. 412-413 n. 114.

86 *Ibid.*, p. 414. Mais recentemente, indicou Fawcett que os tópicos de denegação de justiça e esgotamento dos recursos internos podem em certos casos (*e.g.*, recursos ineficazes) apresentar-se

Tanto o *Institut de Droit International* quanto a Comissão de Direito Internacional da ONU discorreram sobre a questão do relacionamento entre a regra do *local redress* e a denegação de justiça. A questão foi debatida na sessão de 1954 do *Institut*[87], e também levada à atenção da Comissão de Direito Internacional pelo *repporteur* García Amador em 1957-1958, ao discutir a relação entre a denegação de justiça e a cláusula Calvo sob o título geral de "esgotamento de recursos internos"[88].

No caso *Barcelona Traction* (Exceções Preliminares, 1964), a Corte Internacional de Justiça, ao proceder significativamente à junção da quarta exceção preliminar espanhola (de não esgotamento de recursos internos) ao mérito, observou que a alegação de falha no esgotamento dos recursos internos encontrava-se, no caso, "inextricavelmente interligada à questão da denegação de justiça que constitui a maior parte do mérito", pois

> *a objeção do reclamado de que as recursos internos não se esgotaram confronta-se, em todo o decorrer do processo, com a argumentação do reclamante de que foi, inter alia, precisamente na tentativa de esgotar os recursos internos que se foi vítima das supostas denegações de justiça*[89].

A discussão da matéria prosseguiu nas audiências de 1969 perante a Corte, e particularmente no argumento oral de P.

---

inter-relacionados e fazer com que toda a questão seja juntada ao mérito; J. E. S. Fawcett. General Course on Public International Law. *RCADI*, v. 132, 1971, cap. XIV, p. 528.

87 Cf. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, v. 45, 1954-I, p. 9-10, 24, 27-32, 35-39, 40-45, 50-57, 64, 67-68, 69, 72, 74, 76-83; 84; 88-97; 105 n. 1, 111; cf. em particular observações de Bourquin *in ibid.*, p. 51 e 57. Cf. também *Annuaire I.D.I.*, v. 46, 1956, p. 2-3, 12, 25-26, 29, 32-33, 40, 270, 277, 279-281, 309 e 313.

88 Cf. *Yearbook of the International Law Commission*, 1958-II, p. 58-59, e cf. também *Yearbook I.L.C.*, 1957--II, p. 112.

89 Caso da *Barcelona Traction* (Exceções Preliminares), Bélgica *vs*. Espanha. *ICJ Reports*, 1964, p. 46.

Guggenheim, consultor da Espanha, de 23 de maio de 1969[90]. Também abordou a questão o juiz Tanaka, em seu voto arrazoado no caso *Barcelona Traction* (Segunda Fase, 1970)[91].

7.3. Conclusões

Dificilmente se pode duvidar de que a denegação de justiça esteja intimamente ligada à regra do esgotamento dos recursos internos, com os dois conceitos interagindo para formar a base da maioria das reclamações internacionais. Entretanto, tem-se atribuído uma variedade de sentidos à denegação de justiça, cercando de dificuldades a determinação de seu âmbito e alcance. A jurisprudência internacional sobre o tema bem pode levar à suposição de que se trata de um problema a ser examinado à luz do *cas d'espèce*. Tal atitude, contudo, pouco auxiliaria o intérprete, e não forneceria indicações sobre o modo de abordar o problema.

Se se caracterizasse como denegação de justiça qualquer ilícito internacional (pelo executivo, legislativo ou judiciário) imputável ao Estado, a expressão se esvaziaria de todo sentido técnico. Com efeito, as tentativas de codificação da matéria e a grande maioria da literatura especializada no tema deixam hoje pouca margem de dúvida de que o termo se aplica própria e particularmente em relação a falhas na atividade *judicial* do Estado. Assim, *em seu sentido próprio*, a denegação de justiça implica na recusa de um Estado em estender proteção judicial aos direitos dos estrangeiros através de seus recursos e dos tribunais nacionais[92].

90 Cf. CIJ doc. C.R.69/25 (tradução) de 23 de maio de 1969, p. 2-4 e 15-25.

91 Caso *Barcelona Traction* (Segunda Fase), Bélgica *vs*. Espanha. *ICJ Reports*, 1970, voto arrazoado do juiz Tanaka, p. 144, e cf. p. 141-160. Também sobre a "relação íntima" entre denegação de justiça e esgotamento de recursos internos, cf: L. Martínez-Agulló. El Agotamiento de los Recursos Internos y el Caso de la "Barcelona Traction". *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 23, 1970, p. 344-348 e 373-374; A. Miaja de la Muela. El Agotamiento de los Recursos Internos como Supuesto de las Reclamaciones Internacionales. *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, v. 2, 1963, p. 44.

92 Ch. de Visscher, "La responsabilité des États...", *op. cit. supra* N. 66, p. 99.

Como o comissário-presidente Vau Vollenhoven afirmou pertinentemente em seu parecer no caso *Chattin (E.U.A.) vs. México* (1927), se a denegação de justiça

> *se aplicasse a atos do executivo e das autoridades legislativas assim como a atos das autoridades judiciárias [...] não existiria ilícito internacional algum que não fosse abrangido pela expressão "denegação de justiça", e a expressão perderia seu valor como uma distinção técnica*[93].

Longe de ser tão somente um problema terminológico, a questão da denegação de justiça depara-se com os fundamentos da responsabilidade do Estado no direito internacional.

Com relação ao esgotamento dos recursos do direito interno, a denegação de justiça diz respeito a falhas no dever do Estado de prover tais recursos[94]. O termo compreende propriamente falhas nos recursos judiciais e no trabalho dos tribunais nacionais, em suma, na atividade do ramo *judicial* do Estado. No exercício da função de proteção, os tribunais nacionais podem incorrer em faltas acarretando denegação de justiça em casos de, *e.g.*, atrasos indevidos ou outras irregularidades processuais. Mas subsiste uma questão disputada e em grande parte discutível: a de se definir se se pode estender substantivamente o termo denegação de justiça a casos de julgamentos.

93 *Reports of International Arbitral Awards*, v. IV, p. 286, cf. p. 282-312. E cf. também o caso *Salem* (Egito *vs.* E.U.A., 1932), *Reports of International Arbitral Awards*, v. II, p. 1202, e cf. p. 1163-1237.

94 Sobre a complementaridade de direitos e deveres (das partes interessadas) no processo de esgotamento de recursos do direito interno, cf. A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* N. 80, p. 333-370, esp. p. 352-360; A. A. Cançado Trindade. *The Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (Ph. D. Thesis), v. II. Cambridge: Universidade de Cambridge, 1977, p. 1560-1634 (circulação interna).

PARTE III
ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS: COMPETÊNCIAS

CAPÍTULO 8
A DELIMITAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS NO PLANO INTERNACIONAL: A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E OS ESTADOS-MEMBROS

Sumário: I. Introdução. II. A personalidade jurídica internacional da ONU. III. As competências da ONU: as principais teses. 1. A corrente da interpretação literal da Carta da ONU. 2. A doutrina dos "poderes inerentes" da ONU. 3. A doutrina dos "poderes implícitos" e sua aplicação na prática da ONU. IV. Problemas de competências. 1. Carta da ONU: Constituição ou tratado? 2. A distribuição interna de competências e sua alteração relativa pela prática da ONU. 3. As insuficiências da Carta e a expansão da prática da ONU. 4. A questão do controle da "Legalidade" dos atos da ONU. 5. A pretensa "Competência nacional exclusiva": Lições da prática da ONU. V. Conclusões.

8.1. Introdução

A crescente atuação das organizações internacionais tem sido um dos fatores mais marcantes na evolução do direito internacional

contemporâneo[1]. Dentre tais organizações destaca-se sobretudo a ONU pela amplitude de sua esfera de ação. Merece a ONU tratamento à parte, uma vez que, diferentemente das organizações regionais, a extensão e alcance de suas competências são extremamente vastos e a realização de seus propósitos é marcada por sua vocação universal[2]. As competências da ONU incluem "praticamente todas as questões mais importantes das relações internacionais e especialmente as relativas à manutenção da paz e segurança internacionais"[3]. O estudo da matéria desvenda, no entanto, algumas incertezas, que nem sempre formaram objeto de exame cuidadoso e detalhado. Em qualquer hipótese de trabalho, o ponto de partida mais adequado, senão necessário, para um estudo do tema, não poderia ser outro que o da personalidade jurídica internacional da Organização das Nações Unidas.

8.2. A personalidade jurídica internacional da ONU

É justamente nesse ponto de partida que também se iniciam as dificuldades. Não há um dispositivo na Carta da ONU expressamente lhe atribuindo personalidade jurídica internacional. A omissão dos redatores não foi, no entanto, acidental, mas deliberada, para afastar das mentes dos delegados participantes da Conferên-

1 Cf., ao longo dos anos: A. A. Cançado Trindade. Desenvolvimentos Recentes no Direito Internacional Contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 24, 1976, p. 123-158; A. A. Cançado Trindade. Delimitação de Competências entre a Organização das Nações Unidas e os Estados-Membros, e Suas Implicações para a Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais. In: *Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo* (v. 3: Actas de las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Internacional). Santiago: Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1981, p. 32-78; A. A. Cançado Trindade. A Contribuição das Organizações Internacionais ao Desenvolvimento Progressivo do Direito Internacional. *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* – OEA, v. 32, 2005, p. 1-17; A. A. Cançado Trindade. *Direito das Organizações Internacionais*. 6ª ed. rev. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2014, p. 1-660.

2 R. L. Bindschedler. La délimitation des compétences des Nations Unies. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye [RCADI]*, v. 108, 1963, p. 387-388.

3 G. I. Tunkin. The Legal Nature of the United Nations. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 119, 1966, p. 18.

cia de San Francisco o espectro de um "superestado"[4]. Com efeito, a delegação belga chegara mesmo a propor uma emenda pela qual os Estados partes reconheceriam que a nova Organização possuiria um "'status' internacional, juntamente com todos os direitos que isto acarreta"; mas na ocasião chegou-se à conclusão que tal disposição seria "supérflua", pois estava "implícita nas disposições da Carta tomada como um todo"[5].

Há, no entanto, outros elementos a se levar em conta. Os artigos 104 e 105 da Carta da ONU dizem respeito mais propriamente à capacidade jurídica da Organização no território e sob o direito interno dos Estados-membros. É o artigo 1º (seção 1) da Convenção sobre Privilégios e Imunidades da ONU que contém uma referência expressa à "personalidade jurídica" da Organização[6]. O exemplo da ONU sugere, pois, que a personalidade pode ser atribuída não apenas explícita, mas também implicitamente, facultando à Organização assumir funções "implícitas" para a realização de seus propósitos[7].

O exemplo de sua precursora, a Liga das Nações, aponta na mesma direção, uma vez que o Pacto não atribuiu expressamente um *status* àquela Organização, e os debates acerca da questão se entremearam com controvérsias e temores de que a Liga se tornasse um superestado[8]. Mas nem por isso se poderia negar à Liga, ou a sua sucessora, a personalidade jurídica no plano internacional.

4 G. Weissberg. *The International States of the United Nations*. London/N.Y.: Stevens/Oceana, 1961, p. 10.

5 *Ibid.*, p. 10-11.

6 J. J. G. Starke. *Introduction to International Law*. 7ª ed. London: Butterworths, 1972, p. 568-570; G. Weissberg, *op. cit. supra* N. 4, p. 11-12: M. Akehurst. *A Modern Introduction to International Law*. 2ª ed. London: G: Allen & Unwin, 1971, p. 91-93 e 246: há também o artigo 43 da Carta, facultando à ONU concluir certos tipos de acordo com Estados-membros, o que não seria possível se ela não tivesse personalidade jurídica internacional.

7 G. Weissberg, *op. cit. supra* N. 4, p. 1.

8 *Ibid.*, p. 5-9.

A própria Corte Internacional de Justiça admitiu, em seu parecer de 1949 no caso das *Reparações de Danos*, que os então Estados-membros da nova Organização a criaram como sendo dotada não apenas de personalidade reconhecida somente por eles, mas de "personalidade internacional objetiva"[9].

É claro que para possuir tal personalidade organizações internacionais como a ONU satisfazem certos requisitos objetivos: criadas originalmente por um acordo internacional entre Estados, são dotadas de órgãos que expressam uma vontade distinta da dos Estados-membros, e possuem determinados propósitos a serem realizados no exercício de suas funções e poderes[10]. Rama Montaldo chega mesmo a sugerir que distintamente dos Estados, em que os pressupostos da personalidade são principalmente fáticos, no caso das organizações internacionais – em cuja origem encontra-se um acordo expresso ou tácito normalmente entre Estados – são eles principalmente elementos jurídicos[11].

A personalidade própria possibilita à Organização atuar no cenário internacional como entidade distinta, independentemente dos Estados-membros tomados individualmente. A personalidade internacional torna-se um "elemento indispensável à realização de seus propósitos", permite-lhe assumir novas funções e desenvolver e expandir seu campo de atuação, e, na pertinente advertência de um especialista, "imuniza a Organização contra os ataques dos Estados"[12].

Com efeito, em sua substancial tese doutoral acerca do *status* internacional da ONU, advogou Weissberg que tal *status*

9 *ICJ Reports*, 1949, p. 185.

10 M. Rama-Montaldo. International Legal Personality and Implied Powers of International Organization. *British Year Book of International Law*, v. 44, 1970, p. 144.

11 *Ibid.*, p. 144-145.

12 O. Weissberg, *op. cit. supra* N. 4, p. 211.

pode ser comprovado por vários fatores, como, *inter alia*, o fato de que é facultado à Organização agir como uma entidade própria, adotar certas decisões obrigatórias para seus membros, engajar-se no *jus belli ac pacis*, exercer amplas funções diplomáticas através de seu secretário-geral, possuir privilégios e imunidades, patrocinar inúmeras reclamações internacionais, garantir as fronteiras dos Estados, concluir acordos, registrar tratados, auxiliar no estabelecimento de outros organismos (jurídicos) internacionais, possuir e registrar navios e aviões, enfim, participar na formulação das normas do direito internacional[13].

No entanto, ainda que admitido tal *status*, a questão das competências da ONU – primeiramente a delimitação de competências de seus órgãos, seguida das competências *vis-à-vis* Estados-membros (e mesmo não membros) – permanece passível de interpretações distintas. Uma primeira posição ou atitude tem sido uma interpretação literal e restritiva dos dispositivos de sua Carta. Posição quase que diametralmente oposta é seguida pelos proponentes da doutrina dos "poderes inerentes" da ONU. Há, ademais, a forte corrente dos defensores da doutrina dos "poderes implícitos" da ONU. Passemos a cada uma delas.

8.3. As competências da ONU: as principais teses

8.3.1. A corrente da interpretação literal da Carta da ONU

Uma primeira atitude face ao âmbito próprio de atuação da ONU é a estrita fidelidade ao expressamente disposto em sua carta constitutiva. É a posição mais tradicional e conservadora, advogada, por exemplo, pelo internacionalista russo Grigory Tunkin. Mesmo acentuando que a competência da ONU hoje é bem mais ampla que a de

13 *Ibid.*, p. 13-20 e 210-211.

sua precursora, a Liga das Nações[14], Tunkin no entanto prefere se ater ao expressamente disposto na Carta da ONU, levando em conta que esta é uma organização de coexistência pacífica de Estados pertencendo a sistemas socioeconômicos distintos[15]. Daí o cuidado que se deve ter ao avaliar a evolução da ONU, sempre à luz da *natureza* da Organização[16]. Tunkin destaca ser a Carta da ONU em última análise um tratado, embora *sui generis* ao criar um mecanismo internacional bastante complexo que não se encontra em tratados comuns; pelo fato de se tratar de organização interestatal, não pode a ONU ultrapassar os limites do consentimento dos Estados-membros[17].

Assim, há que se encarar com cautela a teoria de que a Carta da ONU pode ser emendada pela prática, mesmo porque a própria Carta dispõe que tais emendas se procedam pela Assembleia Geral ou por uma conferência geral dos Estados-membros da ONU deliberando por maioria qualificada de dois terços, com a ratificação de dois terços dos Estados-membros, "incluindo todos os membros permanentes do Conselho de Segurança"[18]. Aliás, sobre este ponto Tunkin é irredutível, não abdicando dos privilégios dos cinco membros permanentes no Conselho de Segurança é que assegura o funcionamento da Organização com base no acordo entre Estados de sistemas socioeconômicos diferentes[19].

Recapitula Tunkin a conhecida justificativa do veto (a fórmula de Yalta) pelo qual se tentou aplicar uma fórmula "intermediária" entre, de um lado, as maiorias simples e qualificada (*e.g.*, na

14 G. I. Tunkin, *op. cit. supra* N. 3, p. 11.

15 *Ibid.*, p. 13 e 28.

16 *Ibid.*, p. 6.

17 *Ibid.*, p. 18-19 e 22-23.

18 *Ibid.*, p. 27 (duas referências seguidas ao requisito da anuência dos membros permanentes do Conselho de Segurança).

19 *Ibid.*, p. 13.

Assembleia Geral da ONU), e, de outro, a desacreditada regra da unanimidade vigente na Liga das Nações. Pelo veto, não apenas se evitava a paralisia gerada pela regra da unanimidade absoluta, mas também a hegemonia de uma das grandes potências no seio da ONU, preservando assim a natureza de uma Organização de coexistência pacífica de Estados pertencentes a sistemas socioeconômicos antagônicos[20].

Dificilmente a um internacionalista moderno pareceria convincente a argumentação de Tunkin, uma vez que o próprio autor admite o registro de nada menos de 103 vetos da União Soviética até fins de 1965[21]. Estatísticas indicam, até 17 de março de 1970, 105 vetos da União Soviética, contra 4 da Grã-Bretanha, 3 da França, 1 dos Estados Unidos e 2 da China (Nacionalista)[22]. Ora, foi precisamente o uso abusivo do veto, particularmente pela União Soviética, que gerou a "paralisia" do próprio Conselho de Segurança, e precipitou a adoção da célebre resolução *Uniting for Peace* já em 1950.

Por meio desta resolução, como é sabido, facultou-se à Assembleia Geral assumir competência residual para intervir na manutenção da paz e segurança internacionais – responsabilidade primordial do Conselho de Segurança – toda vez que o Conselho não pudesse exercer suas atribuições em consequência da ação paralisante do veto[23]. É claro que tal medida acarretou profundas modificações na distribuição de competências entre os órgãos principais da ONU. Antes, as funções de solução de controvérsias, e de cessação e prevenção de hostilidades (capítulos VI e VII, respectivamente, da Carta da ONU), recaíam no âmbito próprio

20 *Ibid.*, p. 38-41.

21 Cf. *ibid.*, p. 40.

22 Cf. I.L. Claude Jr. *Swords into Plowshares*. 4ª ed. N.Y.: Random House, 1971, cap. 8, p. 141-162.

23 Cf. A.G., resolução 377A (V), adotada em 9 de novembro de 1950.

do Conselho de Segurança; com a inovação da resolução *Uniting for Peace*, na época do episódio da Coreia, verificou-se uma transferência à Assembleia Geral de pelo menos parte da responsabilidade pela manutenção da paz, tendo sido o novo mecanismo utilizado em crises internacionais sucessivas[24].

Não surpreendentemente, contra tamanha modificação da delimitação interna de competências, jamais prevista na Carta da ONU, insurgiu-se Tunkin. Negou-se o jurista russo a vislumbrar na resolução *Uniting for Peace* uma interpretação da Carta, mas antes uma concepção da Organização "completamente diferente" do sistema estipulado na Carta. Para ele, a resolução em questão era um reflexo da Guerra Fria e da tentativa dos poderes ocidentais de utilizar a ONU a seu favor; era, pois, inconsistente com a Carta, e a prática nela baseada era ilegal, permanecendo o estabelecimento de forças de paz da ONU uma prerrogativa tão somente do Conselho de Segurança[25].

Tal posição é naturalmente consoante com a visão de Tunkin de que a ONU não é uma entidade independente dos Estados; os poderes da ONU, estabelecidos por acordo entre Estados conforme disposto na Carta, só poderiam ser modificados por acordo entre os Estados-membros. Enquanto os Estados subsistem como sujeitos originais do direito internacional, a ONU – que a seu ver não se encontra no mesmo nível que os Estados – é dotada de personalidade jurídica internacional de caráter "derivado", que se fundamenta em sua carta ou instrumento constitutivo[26]. Ainda que se admita este último ponto como hipótese de trabalho, a posição conservadora de Tunkin de apego fiel e estritamente

24 *E.g.*, Suez (1956), Hungria (1956), Líbano (1958), Congo (1960). A Assembleia Geral interveio mesmo na constituição de forças de paz da ONU, *e.g.*, Egito (1956), Líbano (1958), Congo (1960), Yemen (1963), Chipre (1964); J. Charpentier. *Institutions internationales*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1970, p. 54-55.

25 G. I. Tunkin, *op. cit. supra* N. 3, p. 48-58 e 20.

26 *Ibid.*, p. 29-32 e 65-66.

literal à Carta da ONU não se encontra corroborada pela prática da própria Organização.

8.3.2. A doutrina dos "poderes inerentes" da ONU

A doutrina dos *poderes inerentes* da ONU tomou forma principalmente a partir do parecer da Corte Internacional de Justiça de 1962 no caso de *Certas Despesas da ONU.* A Corte admitiu *inter alia* que toda ação tomada pela ONU que se mostre apropriada para a realização de seus propósitos expressos não pode ser considerada como *ultra vires* da Organização[27]. No ano seguinte o internacionalista norueguês Finn Seyersted publicou dissertação em que desenvolveu sistematicamente a matéria e se mostrou um ardoroso defensor da doutrina dos poderes inerentes da ONU.

Argumentando naturalmente que as atividades da ONU ultrapassam em muito os dispositivos expressos de sua carta constitutiva, Seyersted sustentou que uma organização como a ONU, a exemplo dos Estados, "tem uma capacidade jurídica inerente de desempenhar quaisquer atos internacionais ou 'soberanos' que esteja em uma posição prática de desempenhar"[28]. Nem todos os poderes exercitados pela ONU decorrem necessariamente de sua carta constitutiva, uma vez que esta define e limita mais propriamente os *propósitos* da Organização[29]. Há, ademais, limitações que decorrem não propriamente da carta constitutiva, mas do direito internacional geral[30]. Assim, para Seyersted, as limitações dos

27 *ICJ Reports*, 1962, p. 168.

28 F. Seyersted. *Objective International Personality of Intergovernmental Organizations*. Copenhagen, 1963, p. 28; e cf. p. 91.

29 *Ibid.*, p. 29 e 35. Seria impraticável enumerar na carta constitutiva todos os atos que estaria a Organização autorizada a praticar. Tal enumeração jamais seria exaustiva, e poderia ademais induzir à conclusão errônea de que a Organização não teria capacidade de praticar atos outros que os expressamente enumerados em sua carta constitutiva; *ibid.*, p. 110-111.

30 *Ibid.*, p. 37-38.

propósitos da Organização contidas na carta constitutiva não são geralmente relevantes à questão da competência da Organização de desempenhar quaisquer tipos de atos internacionais, mas dizem respeito tão somente à questão de "para que propósitos pode desempenhar tais atos"[31].

Por conseguinte, a personalidade e a capacidade internacionais da ONU, nessa linha de raciocínio, não dependem do disposto em sua carta constitutiva ou da intenção de seus redatores. Estabelece-se sua personalidade internacional pelo "fato objetivo de sua existência", sendo as capacidades internacionais *inerentes* à ONU (como aos Estados), e não delegadas pelos dispositivos de sua carta constitutiva, ou neles implícitas[32]. Uma vez criada a Organização, de qualquer modo que seja, torna-se *ipso facto* um sujeito do direito internacional[33]. São sua existência e seu funcionamento efetivos que têm relevância, uma vez que não é necessário que sua carta constitutiva defina detalhadamente a organização interna, funções, poderes e procedimentos da Organização; tudo isto, e a distribuição de poderes e competências, pode ser feito, à luz da carta constitutiva, pelos órgãos internos da Organização, particularmente seu plenário, a Assembleia Geral[34].

Dado que a Organização detém a capacidade inerente para desempenhar tais atos (que esteja na prática em condições de desempenhar), podem daí decorrer direitos e obrigações sob o direito internacional[35]. Os critérios para o exame da ONU como sujeito do direito internacional encontram-se na existência de órgãos que externalizam a vontade da Organização sem estarem

31 *Ibid.*, p. 40.

32 *Ibid.*, p. 45, e cf. p. 99.

33 *Ibid.*, p. 46.

34 *Ibid.*, p. 53-54.

35 *Ibid.*, p. 55-56.

sujeitos a Estado algum[36]. Satisfeitos tais critérios fáticos configura-se consoante o direito internacional geral (e não dependendo da carta constitutiva da Organização ou da intenção de seus redatores) a personalidade internacional da ONU[37]. Tal personalidade é objetiva também no sentido da responsabilidade internacional por seus próprios atos *vis-à-vis* Estados-membros assim como não membros[38].

Vale destacar um derradeiro aspecto da tese de Seyersted. Conforme já ressaltado, a carta constitutiva normalmente delimita os propósitos da Organização, e esta se engaja em muitas atividades além das previstas na carta; a validade de decisões de agir nesse sentido pode ser desafiada internamente por uma maioria de Estados-membros, mas são válidas para todas as decisões tomadas (de acordo com os propósitos da Organização). Assim, as limitações porventura contidas na carta constitutiva representam restrições internas que não afetam ou limitam a personalidade e capacidade internacionais propriamente ditas da Organização[39].

A despeito de sua aparente força lógica, a tese de Seyersted mostra-se vulnerável em alguns pontos. De início, é sempre temerário falar, como o faz o autor, de organizações "supranacionais" ou de atos "soberanos" de organizações internacionais[40]. A terminologia é inadequada e não reflete com fidelidade e exatidão a realidade. Em segundo lugar, em toda a sua obra Seyersted insiste em que do ponto de vista jurídico a situação ou posição das organizações internacionais é semelhante à dos Estados, é virtualmente a mes-

36 *Ibid.*, p. 61 e 99.

37 *Ibid.*, p. 100.

38 *Ibid.*, p. 106.

39 *Ibid.*, p. 85-86, 57 e 109.

40 Cf. *ibid.*, p. 28, 44, 47, 62, 69-70, 81 e 110.

ma, sendo as diferenças apenas de fato[41]. Seyersted é peremptório ao afirmar que "as organizações intergovernamentais estão basicamente na mesma posição jurídica que os Estados" e que "a grande diferença que existe entre Estados e organizações intergovernamentais é de fato e não de direito"[42]. Assim, a principal distinção jurídica seria entre Estados e organizações intergovernamentais, de um lado, e entidades "não soberanas" (*e.g.*, organizações não governamentais e indivíduos), de outro[43].

Aqui, novamente, parece haver algum exagero, bastando recordar a ponderação da própria Corte Internacional de Justiça, no parecer de 1949, sobre o caso das *Reparações de Danos*, de que "enquanto o Estado possui a totalidade dos direitos e deveres internacionais reconhecidos pelo direito internacional, os direitos e deveres de uma entidade tal como a Organização devem depender dos propósitos ou funções especificados ou implícitos em seus documentos constitutivos e desenvolvidos na prática"[44].

No que diz respeito às atividades das organizações internacionais que se estendem mais além dos dispositivos de suas cartas constitutivas, cabe enfim ressaltar a advertência de Tunkin de que antes de se considerar tais práticas como criadoras de normas do direito internacional geral é necessário verificar se se configura realmente o elemento de *opinio juris*, sua efetiva aceitação pelos Estados como formadoras de regras do direito internacional geral; o caráter interestatal de uma organização como a ONU não deveria ser esquecido, uma vez que ela não poderia existir de forma totalmente independente dos Estados-Membros, como parecem

41 Cf. *ibid.*, p. 46, 60, 96 e 100.

42 *Ibid.*, p. 50 e 90.

43 *Ibid.*, p. 91. Na visão do autor, estas últimas, sim, seriam sujeitos "derivados" do direito internacional se assim expressamente reconhecidas pelos sujeitos "necessários" do direito internacional, as entidades soberanas; *ibid.*, p. 92.

44 *ICJ Reports*, 1949, p. 180.

pretender os proponentes da doutrina dos “poderes inerentes” da Organização[45].

8.3.3. A doutrina dos “poderes implícitos” e sua aplicação na prática da ONU

A doutrina dos “poderes implícitos” da ONU recebeu reconhecimento judicial, pelo qual se impôs, definitivamente, na decisão da Corte Internacional de Justiça de 1949 no caso das *Reparações de Danos*, considerado por um de seus ex-juízes (McNair) como “provavelmente o mais importante parecer emitido pela Corte”[46]. Na ocasião, a Corte, ao afirmar a personalidade jurídica internacional da ONU e sua capacidade de apresentar reclamações internacionais contra um governo responsável, com vistas a obter reparação de danos, causados a seus agentes no exercício de suas funções, dispôs *inter alia* que “os direitos e deveres de uma entidade corno a Organização devem depender de seus propósitos e funções, especificados ou implícitos em seus documentos constitutivos e desenvolvidos na prática”[47]. Acrescentou a Corte que “de acordo com o direito internacional, deve-se considerar a Organização como possuidora de poderes que, embora não expressamente constantes da Carta, são-lhe atribuídos pela necessária implicação de que são essenciais ao desempenho de suas tarefas”[48].

A partir de então, em ponderação posterior de outro juiz da Corte, findava “o tradicional monopólio da personalidade internacional pelos Estados”, monopólio este que, aliás, não era inerente à

45 G. I. Tunkin, *op. cit. supra* N. 3, p. 21-23.

46 J. E. S. Fawcett. The United Nations and International Law. In: K. J. Twitchett (ed.). *The Evolving United Nations: A Prospect for Peace?* London: Europa Publ., 1971, p. 58.

47 *ICJ Reports*, 1949, p. 180.

48 *Ibid.*, p. 182; o parecer se refere a uma decisão de 1926, no mesmo sentido da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional; *ibid.*, p. 182-183.

estrutura do direito internacional[49]. A Corte reconhecia que, para a própria atuação da ONU no plano internacional e a realização de seus propósitos, tornava-se "indispensável" a atribuição de personalidade internacional, mesmo por ocupar a ONU em certas questões uma posição distinta da de seus membros, estando inclusive "sob o dever de, se necessário, fazer lembrar-lhes de certas obrigações"[50].

No que tange à doutrina dos "poderes implícitos" propriamente dita, tal como adotada pela ONU, vale ressaltar que se inspirou ela até certo ponto no direito constitucional norte-americano (em que os poderes do governo federal encontram-se enumerados na Constituição, ao passo que os demais poderes dos Estados-Membros hão de ser liberalmente interpretados), bastando relembrar a asserção do Chief Justice Marshall (caso *McCulloch versus Maryland*, 1819)[51] de que são constitucionais os poderes consoantes com o texto e o espírito da Constituição e recaindo sob seu âmbito. É o que relatou Rahmatullah Khan, autor de rica monografia sobre o tema, que considerou oportuno advertir que a "adoção" pela ONU da doutrina dos "poderes implícitos" nem por isso atribuía *carte blanche* à Organização: não se trata de poderes extraordinários atribuídos à ONU, que a transformem em um "superestado", mas de poderes que recaem sob os propósitos professados da Organização[52]. Aliás, a própria Corte da Haia ressaltou, no parecer sobre *Reparações de Danos*, que os poderes implícitos atribuídos à ONU devem ser "essenciais ao

49 E. Jiméncz de Aréchaga. International Law in the Past Third of a Century. *RCADI*, v. 159, 1978, p. 170-171.

50 *ICJ Reports*, 1949, p. 178-179.

51 Cf. Quincy Wright. *International Law and the United Nations*. Bombay/Calcutta/New Delhi, 1960, p. 31, n. 33.

52 Rahmatullah Khan. *Implied Powers and the United Nations*. Delhi/Bombay-Bangalore: Vikas Publ., 1970, p. 1-222.

desempenho de suas tarefas"[53]. As competências da Organização veem-se, assim, determinadas, pelos seus propósitos, que devem ser respeitados para que o exercício de suas funções seja válido[54].

A doutrina dos "poderes implícitos" tem na prática sido amplamente utilizada em distintos campos de atuação. Citemos alguns exemplos. No domínio propriamente *interno* da Organização, *e.g.*, seu poder de estabelecer um sistema jurídico próprio, independente dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, para reger as condições de trabalho de seu funcionalismo, "é um poder implícito que automaticamente decorre de seu tratado constitutivo, e que de modo algum representa uma delegação de competência legislativa pelo Estado em que se situa a Organização"[55]. Aqui se torna necessário o exercício da competência implícita da Organização no estabelecimento do *statut du personnel*, uma vez que os dispositivos da Carta sobre a matéria – artigos 97, 100 e 101 – são genéricos e insuficientes[56].

Recorde-se, a propósito, que, em 1954, no caso do *Efeito das Sentenças de Compensação do Tribunal Administrativo da ONU*, a Corte Internacional de Justiça veio a reconhecer expressamente a existência, dentro do sistema jurídico da ONU, de "controvérsias internas", realçando a relevância do direito próprio ou interno da ONU para a regulamentação de suas relações jurídicas com seus agentes[57].

---

53 *ICJ Reports*, 1949, p. 182.

54 Paul Reuter. Principes de droit international public. *RCADI*, v. 103, 1961, p. 519-524.

55 M. B. Akehurst. *The Law Governing Employment in International Organizations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1967, p. 5.

56 R. L. Bindschedler, *op. cit. supra* N. 2, p. 327.

57 C. W. Jenks. *The Proper Law of International Organizations*. London: Stevens/Oceana, 1962, p. 35-39.

Outro exemplo reside no estabelecimento pela Organização de novos órgãos não previstos originalmente na Carta[58], como a criação da Unctad em 1964 e da UNIDO em 1966; assim, o velho mito de que os organismos do gênero só poderiam ser criados por tratados devidamente ratificados pelos Estados cai por terra, com o surgimento de novas entidades estabelecidas por resoluções da Assembleia Geral (adotadas por unanimidade, ou com poucas abstenções)[59]. Somente até 1954, por exemplo, mais de cem órgãos subsidiários haviam sido criados, de natureza, composição e funções diversas[60].

No domínio *externo* de atuação da Organização, i.e, em suas relações com os Estados-membros, verificam-se outros exemplos. No campo da proteção internacional dos direitos humanos, por exemplo, a par de experimentos decorrentes de tratados e convenções internacionais, há o sistema da resolução 1503 (XLVIII), de 1970, do ECOSOC, possibilitando à antiga Comissão de Direitos Humanos da ONU (e órgãos subsidiários – uma Subcomissão e um grupo de trabalho) o exame de "situações prevalecentes" (afetando grupos de indivíduos em países diversos), *independentemente* de ratificação por parte dos Estados-membros da ONU[61].

Outro exemplo, dos mais marcantes, é o engajamento incondicional da ONU no processo de descolonização, a partir de 1960, que lhe pareceu tão importante quanto a questão da manutenção da paz e segurança internacionais, ou mesmo intimamente ligado a esta. A história da ONU seria diferente se

58 O artigo 22 da Carta da ONU dispõe tão somente que "a Assembleia Geral poderá estabelecer os órgãos subsidiários que julgar necessários ao desempenho de suas funções".

59 L. B. Sohn. The Development of the Charter of the United Nations: the Present State. In: *The Present State of International Law – International Law Association 1873-1973*. Deventer: Kluwer, 1973, p. 58.

60 J. Castañeda. *Legal Effects of United Nations Resolutions*. N.Y.: Columbia University Press, 1969, p. 52.

61 Cf., *e.g.*, J. Th. Möller. *Petitioning the Commission on Human Rights*. ONU-Genebra, 1979, p. 2-21 (não publicado, circulação interna somente).

não tivesse ela igualmente se engajado em questões de natureza humanitária[62] surgidas no decorrer de sua existência (*e.g.*, programas de assistência técnica, de promoção de desenvolvimento socioeconômico e cultural)[63].

A própria capacidade da ONU de concluir acordos – outro de seus mais notáveis desenvolvimentos – evoluiu sobretudo pela prática da Organização. Na ausência de dispositivo expresso nesse sentido na carta constitutiva, o teste decisivo para a utilização da técnica do acordo é verificar se este é ou não necessário ao desempenho de uma função; pela "teoria funcional da personalidade internacional", o *treaty-making power* da Organização limita-se aos acordos concernentes a suas funções e à realização de seus propósitos[64]. Assim, o Pacto da Liga das Nações não se referia a sua capacidade de concluir acordos, mas mesmo assim na prática a Liga concluiu-os; já a Carta da ONU contém algumas indicações a respeito[65], mas ressalte-se que sua capacidade de concluir acordos depende não apenas dos dispositivos da Carta, mas *também* das decisões de seus órgãos competentes[66].

Vejamos um exemplo. O artigo 55 da Carta da ONU, dispondo *inter alia* que cabe à Organização promover as condições do progresso e desenvolvimento econômico-social, abre caminho para a extensão funcional da capacidade da ONU de concluir acordos

62 R. Khan, *op. cit. supra* N. 52, p. 112 ss.: L. B. Sohn, *op. cit. supra* N. 59, p. 59.

63 Cf., *e.g.*, F. Seyersted, *op. cit. supra* N. 28, p. 85.

64 Y. Souliotis. La capacité des organisations internationales de conclure des accords d'après leurs actes constitutifs et la pratique. *Revue hellénique de droit international*, v. 25, 1972, p. 201-202; R. Khan, *op. cit. supra* N. 52, p.112.

65 Cf. artigos 43, 57 e 63, 105(3), 77(1) e 80-83; Clive Parry. The Treaty- Making Power of the United Nations. *British Year Book of International Law*, v. 26, 1949, p. 108-149.

66 Y. Souliotis, *op. cit. supra* N. 64, p. 217, e cf. p. 216-221. Mesmo um autor como Bindschedler, que por vezes tende a aliar-se a uma corrente conservadora de fidelidade ao disposto na própria Carta da ONU (cf. R. L. Bindschedler, *op. cit. supra* N. 2, p. 356-357), admite, no entanto, a competência da ONU – "em sua maior parte implícita" – de concluir acordos internacionais (cf. *ibid.*, p. 374-378).

de assistência técnica, dentro do âmbito de suas competências[67]. Os limites de tal extensão funcional são assim ditados pela conformidade dos acordos concluídos com os objetivos da ONU[68]. Dentre os tipos de acordos celebrados entre as organizações internacionais e os Estados-membros, citem-se os acordos relativos à sede da organização, e os acordos relativos à implementação das competências da organização (*e.g.*, acordos militares e acordos de tutela); há os casos mais raros de acordos entre organizações regionais e Estados não membros, como acordos prevendo sua representação junto a Estados terceiros e acordos de associação; há, enfim, exemplos de acordos celebrados entre as próprias organizações internacionais (*e.g.*, acordos de cooperação e acordos de sucessão)[69].

Conforme observou um estudioso do tema em monografia publicada em 1960, dos numerosos tratados concluídos pela ONU sem referência a um dispositivo expresso da Carta, nenhum foi contestado por alegação de falta de capacidade da ONU para concluí-los, o que indica tratar-se de uma capacidade geral não limitada aos casos previstos na Carta; esta última não contém proibição alguma à ONU de concluir acordos – expressa ou implicitamente – em situações outras que as nela previstas[70]. Mas um possível inconveniente do uso frequente da técnica de acordos pela ONU é o risco de fazer diminuir o valor ou significação, já reduzida, de suas *recomendações* perante os Estados-membros[71], que passariam a encarar com seriedade somente acordos juridicamente

67 Y. Souliotis, *op. cit. supra* N. 64, p. 221-222.

68 *Ibid.*, p. 224-225.

69 Cf. *ibid.*, p. 202-214.

70 Badr Kasme. *La capacité de l'Organisation des Nations Unies de conclure des traités*. Paris: LGDJ, 1960, p. 49-50. Quanto aos acordos não previstos pela Carta, cf., *ibid.*, p. 56-62.

71 *Ibid.*, p. 62.

obrigatórios, em detrimento das resoluções da ONU, desprovidas de efeitos jurídicos cogentes.

Os exemplos acima demonstram a relevância da doutrina dos poderes implícitos, combinada com o princípio da efetividade institucional, para a prática da ONU; "os poderes implícitos e os processos de evolução são os que mais claramente demonstram o verdadeiro alcance de sua personalidade no plano internacional"[72]. A personalidade internacional objetiva da ONU e a doutrina dos poderes implícitos sugerem uma interpretação liberal dos dispositivos da Carta, quando pouco para que a Organização opere com eficácia, respeitados sempre os seus propósitos e princípios[73]. Já em 1953 Verdross advertia que uma interpretação meramente lógico-gramatical da Carta da ONU conduziria frequentemente a "resultados radicalmente opostos entre si", conforme demonstrado por Kelsen em sua magistral obra *The Law of the United Nations* (1950); assim, impõe-se claramente a necessidade de se recorrer também às diretrizes ou ideias fundamentais, subjacentes à Carta, "para se chegar a uma interpretação razoável desse documento jurídico"[74].

8.4. Problemas de competências

Expostas as três teses principais sobre a matéria, detenhamo--nos nos principais problemas correlatos. De início, para fins de exposição, e conforme já indicado, podemos distinguir, em primeiro lugar, as competências delimitadas dos órgãos da ONU (tendo em mente as funções e poderes tanto da Organização como um todo, quanto de seus órgãos componentes); e, em segundo lugar, a delimitação de competência entre, de um lado,

72 G. Weissberg, *op. cit. supra* N. 4, p. 203.

73 R. Khan, *op. cit. supra* N. 52, p. 222.

74 A. Verdross. "Idées directrices de l'Organisation des Nations Unies". *RCADI*, v. 83, 1953, p. 7.

a Organização (e seus órgãos), e, de outro, os Estados-membros (e mesmo os Estados não membros). A ilustração mais pertinente desse segundo aspecto, e dos conflitos que pode gerar, encontra-se na controvertida cláusula da "competência nacional exclusiva", consagrada no artigo 2º(7) da Carta da ONU. Mas comecemos pelo exame da própria natureza da Carta.

8.4.1. Carta da ONU: constituição ou tratado?

Há alguns anos atrás, era preocupação corrente dos analistas a de se saber se a Carta de uma Organização como a das Nações Unidas deveria ser tida como uma constituição ou um tratado[75]. Dependendo da resposta que se viesse a dar a essa questão, seriam distintas as implicações para a própria prática da Organização. Um exemplo marcante é a questão do relacionamento da ONU com os Estados *não membros*, consoante os artigos 2º(6), 93(2), 35(2) e 50 de sua Carta. Ainda que se considerasse ter sido a ONU criada no molde tradicional voluntarista, i. e., por meio de um tratado multilateral, produzindo efeitos apenas *inter partes*, hoje vem ela se movendo além dos confins de sua natureza jurídica original para a realização de seus propósitos, contribuindo para a formação de novos princípios do direito internacional *geral*[76].

Felizmente há hoje um consenso generalizado de que a Carta da ONU não é um tratado como qualquer outra convenção multilateral nem tampouco uma "constituição" formal; é um tratado *sui generis*, a ser interpretado como tal, que dá origem a uma complexa entidade internacional que passa a ter "vida própria": sua carta constitutiva contém regras básicas a reger a convivência internacional assim como princípios a permear o *corpus juris* do

75 Para uma discussão da matéria, cf. S. Rosenne. Is the Constitution of an International Organization an International Treaty? *Comunicazioni e Studi*, v. 12, 1966, p. 23-89.

76 D. Nincic. *The Problem of Sovereignty in the Charter and in the Practice of the United Nations*. The Hague: M. Nijhoff, 1970, p. 304-321.

direito internacional como um todo[77]. Na observação de Zacklin, o traço característico de instrumentos constitutivos como a Carta da ONU é o de que "criam eles órgãos capazes de assumir uma identidade distinta e uma entidade possuindo uma personalidade jurídica distinta da de seus Estados-membros individuais. Esse elemento orgânico-constitutivo serve não apenas para distinguir tais instrumentos de outros tratados multilaterais, mas é um fator básico na apreciação de qualquer aspecto particular da operação desses instrumentos"[78].

8.4.2. A distribuição interna de competências e sua alteração relativa pela prática da ONU

Os participantes da Conferência de San Francisco favoreceram a tese da "separação de poderes" entre a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança, pois tinham aprendido a lição do malogro da Liga das Nações, em que as competências de sua Assembleia e seu Conselho, no que tange à manutenção da paz internacional, se confundiam. Assim, optou-se em San Francisco por uma Organização com relativo grau de "especialização interna", cabendo, *e.g.*., à Assembleia Geral, as funções previstas nos artigos 10-17 e 35 da Carta, e ao Conselho de Segurança as dos artigos 33-34 e 36-49 da Carta[79]. Contudo, a prática da ONU cuidou de modificar

77 Cf., *e.g.*, C. Parry, *op. cit. supra* N. 65, p. 110 ss.; G. I. Tunkin, *op. cit. supra* N. 3, p. 18-19; J.-G. Kim; J. M. Howell. *Conflict of International Obligations and State Interests*. The Hague: M. Nijhoff, 1972, p. 9 ss.; M. K. Nawaz. Law and International Organization – A Perspective on the United Nations. *Indian Journal of International Law*, v. 17, 1977, p. 237, e cf. p. 234-241; e cf., mais recentemente, O.A.D. Cançado Trindade. *A Carta das Nações Unidas – Uma Leitura Constitucional*. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2012, p. 1-275. E cf. também, em geral, U. Draetta. *Principi di Diritto delle Organizzzazioni Internazionali*. Milano: Giuffrè Edit., 1997, p. 1-169; [Vários Autores] H. Fox (ed.). *The Changing Constitution of the United Nations*. London: BIICL, 1997, p. 3-120; T. Sato. *Evolving Constitutions of International Organizations*. The Hague: Kluwer, 1996, p. 3 ss.; N. D. White. *The United Nations System – Toward International Justice*. London: Rienner, 2002, p. 3-304.

78 R. Zacklin. *The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies*. Leyden: Sijthoff, 1968, p. 8.

79 I. L. Claude Jr., *op. cit. supra* N. 22, p. 175-176; F. A. Vallat. The Competence of the United Nations

o equilíbrio originalmente visado de funções dos dois órgãos. Reconheceu-se a própria prática da Organização como elemento de interpretação do aumento ou redução das competências dos órgãos da ONU[80].

A resolução *Uniting for Peace* de 1950 é ilustração pertinente de expansão do papel da Assembleia Geral, ao "intrometer-se" no domínio do Conselho de Segurança atinente à manutenção da paz e segurança internacionais. Na interpretação de Verdross, a resolução *Uniting for Peace* baseia-se na ideia de que o Conselho de Segurança detém, pelo artigo 24(1) da Carta, apenas uma responsabilidade *principal* (e não exclusiva) pela manutenção da paz e segurança internacionais, o que possibilitaria à Assembleia Geral agir, se inoperante o Conselho (em decorrência do veto), em virtude dos artigos 10 e 11(2) da Carta (excetuado unicamente o disposto no artigo 12)[81].

Tem-se advertido que tal modificação das funções respectivas da Assembleia e do Conselho mediante uma interpretação *contra legem* não deve ser necessariamente encarada como uma "transferência" dos poderes do Conselho à Assembleia, mesmo porque a Assembleia só poderia agir por meio de *recomendações* em matérias em relação às quais o Conselho teria agido – se não paralisado pelo veto – através de *decisões*[82]. É oportuno lembrar que a resolução *Uniting for Peace* não se baseou expressamente

General Assembly. *RCADI*, v. 91, 1959, p. 207-287; C. Eagleton. Covenant of the League of Nations and the Charter of the United Nations: Points of Difference. In: R. A. Falk; S. H. Mendlovitz (ed.). *The Strategy of World Order: The United Nations*, v. 3. N.Y.: World Law Fund, 1966, p. 10-16. Sobre os poderes recomendatórios da Assembleia Geral, cf. R. L. Bindschedler, *op. cit. supra* N. 2, p. 342-344, 349 e 371; M. K. Nawaz, *op. cit. supra* N. 77, p. 234-241.

80 J. Castañeda, *op. cit. supra* N. 60, p. 34.

81 A. Verdross, *op. cit. supra* N. 74, p. 64-67.

82 A. Zacklin, *op. cit. supra* N. 78, p. 188.

no artigo 10 ou 11 da Carta, preferindo recitar os dois primeiros parágrafos dos propósitos da ONU constantes do artigo 1º[83].

Mas não é este o único exemplo. Fenômeno de origens semelhantes ocorreu ao engajar-se a Assembleia Geral em temas como a descolonização e o desenvolvimento econômico, canalizando para si ao menos parte das atenções que anteriormente se encontravam voltadas ao Conselho de Tutela e ao Conselho Econômico e Social (ECOSOC). Assim, a Assembleia Geral veio a tornar-se o órgão preponderante, o mais influente, o plenário por excelência de todo o sistema da ONU[84], muito embora a Carta da ONU atribua ao Conselho de Segurança a competência para tomar medidas relativas à solução pacífica de controvérsias (capítulo VI) e a ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão (capítulo VII), e atribua à Assembleia Geral competências bem específicas (relativas a, *e.g.*, admissão, suspensão e expulsão de membros; contribuições financeiras; eleição de membros do Conselho de Segurança, do ECOSOC e do Conselho de Tutela; nomeação do secretário-geral; eleição – juntamente com o Conselho de Segurança – de juízes membros da Corte Internacional de Justiça; acordos e orçamento da ONU; órgãos subsidiários; *staff* do Secretariado)[85].

Mesmo no plano processual decisório verificam-se certas alterações pela prática internacional. De início, sabe-se que a desacreditada regra da unanimidade, adotada na Liga das Nações, foi substituída no sistema da ONU pela regra da maioria, seja simples (Assembleia Geral para questões "não importantes", ECOSOC, Conselho de Tutela e agências especializadas), seja qualificada (Assembleia Geral para questões "importantes" e agências especiali-

83 F. A. Vallat, *op. cit. supra* N. 79, p. 265, e cf. p. 266-267.

84 Cf., *e.g.*, I. L. Claude Jr., *op. cit. supra* N. 22, p. 180-181, 177 e 179.

85 P. A. Vallat, *op. cit. supra* N. 79, p. 226-229.

zadas para determinados casos)[86]. No entanto, subsiste um resquício do velho princípio da unanimidade no método seguido pelo Conselho de Segurança, que requer número especificado de votos afirmativos: para questões processuais, votos afirmativos de quaisquer nove membros; para as demais questões, votos afirmativos de nove membros incluindo os cinco membros permanentes. Estes últimos detêm o poder de veto, como é de conhecimento geral. Na prática, tem-se tentado evitar o veto ao se considerar a abstenção de um membro permanente como não constituindo um veto (cf. *infra*). Contudo, a técnica mais utilizada para se escapar ao veto tem sido a convocação de uma sessão especial ou extraordinária da Assembleia Geral da ONU, para tratar da questão, onde nenhum Estado-membro dispõe do poder de veto[87].

Originalmente, a razão fundamental para a inclusão do princípio da unanimidade entre os membros permanentes do Conselho de Segurança – o veto – na Carta da ONU, em que com tanta veemência insistia Tunkin (*supra*), foi a convicção de que, para se evitar a experiência fatal da Liga das Nações, tornava-se imperioso assegurar na criação da ONU o apoio e a influência das grandes potências nas tomadas de decisão. Há mesmo os que consideram o veto – a fórmula de Yalta tal como concebida por Roosevelt, Churchill e Stalin e posteriormente adotada pela Conferência de San Francisco – como fundamento *político* do funcionamento da ONU, ainda que ferindo o princípio básico da *igualdade jurídica* dos Estados[88].

86 R. Y. Jennings. General Course on Principles of International Law. *RCADI*, v. 121, 1967, p. 592-595; A. El-Erian. The Legal Organization of International Society. In: M. Sorensen (ed.). *Manual of Public International Law*. London: Macmillan, 1968, p. 90-92 e 98-100.

87 I. L. Claude Jr., *op. cit. supra* N. 22, p. 141-162; A. El-Erian, *op. cit. supra* N. 86, p. 90-92 e 98-100. A competência residual da Assembleia Geral tem se institucionalizado, principalmente a partir da adoção da resolução "Uniting for Peace" em 1950.

88 Cf., *e.g.*, L. Valencia Rodriguez. *Fundamentos y Propósitos de las Naciones Unidas*, v. I. Quito: Editorial Universitaria, 1970, p. 180-217, e cf. p. 162-163; e cf., sobre a Conferência de Yalta, *e.g.*, G. I. Mangone.

Na prática, conforme já indicado, foi o veto amplamente utilizado nos primeiros 25 anos de vida da ONU, cabendo o número recorde, até 17 de março de 1970, à União Soviética[89] (cf. *supra*). Posteriormente, no entanto, tem declinado o uso do veto no Conselho de Segurança, à medida em que a Assembleia Geral passou a valer-se mais frequentemente de sua competência residual para se ocupar de questões relativas à paz e segurança internacionais (dada a paralisia do Conselho de Segurança pelo veto). A própria Corte Internacional de Justiça, órgão judicial da ONU, endossou a tese de que a abstenção voluntária de membro permanente do Conselho de Segurança não invalidaria decisão tomada por aquele órgão: em 1971, no parecer sobre as *Consequências Jurídicas para os Estados da Presença Continuada da África do Sul na Namíbia (África do Sudoeste)*, a Corte afirmou que a resolução do Conselho de Segurança de 1970 declarando ilegal a presença continuada da África do Sul na Namíbia não era inválida em razão da abstenção na votação de dois de seus membros permanentes[90]. Firmou-se pela prática o princípio de que a abstenção de membro permanente do Conselho não equivale a veto.

Posteriormente, uma nova técnica de processo decisório dos organismos internacionais veio a atrair a atenção dos estudiosos e seu reconhecimento como princípio: a técnica do *consenso*. Visa este

A Short History of International Organization. N.Y.: McGraw-Hill, 1954, p. 170-171. Sobre a aplicação, na ONU, da doutrina da igualdade dos Estados, cf. Bengt Broms. *The Doctrine of Equality of States as Applied in International Organizations* (tese doutoral). Universidade de Helsinqui, 1959, p. 154-271.

89 I. L. Claude Jr., *op. cit. supra* N. 22, p. 141-162. Para um estudo detalhado a respeito, cf. D. R. Gilmour. Article 2º (7) of the United Nations Charter and the Practice of the Permanent Members of the Security Council. *Australian Yearbook of International Law*, 1967, p. 153-210; e cf. A. A. Cançado Trindade. *O Estado e as Relações Internacionais: o Domínio Reservado dos Estados na Prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, p. 17-27, esp. p. 21. Sobre questões relativas à competência do Conselho de Segurança, cf. Tae Jin Kahng. *Law, Politics, and the Security Council*. The Hague: M. Nijhoff, 1969, p. 25-110; S. D. Bailey. *The Procedure of the U.N. Security* Council. Oxford: Clarendon Press, 1975, p. 3-379.

90 *ICJ Reports*, 1971, p. 22, *cit. in.* J. G. Starke, *op. cit. supra* N. 6, p. 602 e 607-608.

assegurar a eficácia dos resultados, com base na premissa de que um acordo negociado é sempre melhor do que um pronunciamento unilateral, particularmente no seio de organizações amplas como a ONU – esta hoje (em fins de 2017) com 193 Estados-membros – exercendo inúmeras funções e atividades[91]. Assim, foi o consenso usado pelo ECOSOC, nos trabalhos preparatórios para a Conferência Mundial da ONU sobre População (Bucareste, 1974), assim como nos debates (sobre regras processuais) da Comissão da ONU sobre População. Na corrente 3ª Conferência da ONU sobre Direito do Mar (1974 em diante), teve aceitação geral a técnica do consenso (a despeito da ausência de regras estritas sobre ela). No transcorrer dos trabalhos práticos da Conferência sobre Direito do Mar, procurou-se, de início, obter-se por consenso um acordo geral, e somente quando este não era "preliminarmente" obtido proceder-se-ia à votação da questão[92].

Na Unctad, a técnica do consenso foi contemplada na 1ª Conferência (Genebra, 1964), e utilizada nas 2ª, 3ª e 4ª Conferências (Nova Délhi 1968, Santiago 1972, e Nairóbi 1976, respectivamente). Esta tendência parece ter se cristalizado particularmente na 2ª Conferência, quando numerosas decisões em matéria econômica foram tomadas por consenso (e não votação tradicional). Ocorreu que os representantes dos Estados participantes logo se aperceberam de que um organismo como a Unctad não poderia funcionar regularmente em meio a simples e constante confrontação política entre países mais e menos desenvolvidos no qual a busca de soluções globais, não raro mediante acordos entre posições de blocos, como parte de um

91 C. W. Jenks. Unanimity, the Veto, Weighted Voting, Special and Simple Majorities and Consensus as Modes of Decision in International Organizations. *Cambridge Essays in International Law – Essays in Honour of Lord McNair*. London: Stevens/Oceana, 1965, p. 48-63.

92 D. Vignes. Will the Third Conference on the Law of the Sea Work According to the Consensus Rule?. *American Journal of International Law*, v. 69, 1975, p. 119-129.

processo flexível e sem excessivo formalismo. Por vezes reconhecia-se, no próprio texto adotado, que as soluções nele contidas eram tão somente o que se lograra alcançar e não constituíam fórmulas ideais[93].

8.4.3. As insuficiências da Carta e a expansão da prática da ONU

Do confronto da Carta com a prática da Organização, fica claro que as atividades desta última não se exaurem nas expressamente previstas na carta constitutiva. Os exemplos são vários. Na prática, *e.g.*, desenvolveu-se na ONU a praxe de receber e enviar representantes diplomáticos, embora a Carta nada dispusesse a respeito; foi a resolução 257(III) da Assembleia Geral que se referiu à prática emergente do estabelecimento de missões permanentes dos Estados-membros junto à ONU[94]. A ONU, e suas agências especializadas, passaram a convocar conferências internacionais de representantes plenipotenciários dos Estados, ainda que suas cartas constitutivas não regulamentassem a matéria; assim, o fato de que a Carta da ONU contém apenas uma disposição – o artigo 62(4) – autorizando o Conselho Econômico e Social (ECOSOC)

93 A. A. Cançado Trindade. "Desenvolvimentos Recentes no Direito Internacional Contemporâneo", *op. cit. supra* N. 1, p. 137-138; E. M. Chossudovsky. Some Reflections in the Light of UNCTAD's Experience. In: *Les résolutions dans la formation du droit international du développement*. Genève: Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, 1971, p. 173-182. É pertinente acrescentar que, enquanto na 1ª UNCTAD só se adotaram *recomendações*, dado o caráter eminentemente *ad hoc* daquela Conferência, a partir da 2ª UNCTAD convencionou-se adotar *resoluções* como fórmula normal de decisões (*e.g.*, para o estabelecimento de um esquema generalizado de preferências). Sobre a técnica do consenso, cf. também G. de Lacharrière. Consensus et Nations Unies. *Annuaire français de droit international*, v. 14, 1968, p. 9-14; S. Bastid. Observations sur la pratique du consensus. *Multitudo Legum Ius Unum – Festschrift für Wuhelm Wengler*, v. I. Berlin: Inter-Recht, 1973, p. 11-25; F. Y. Chai. *Consultation et consensus: un aspect de fonctionnement du Conseil de Sécurité*. N.Y.: UNITAR, 1971, p. 1 ss.

94 F. Seyersted, *op. cit. supra* N. 28, p. 21-23.

a convocar conferências internacionais, nem por isso impediu a Assembleia Geral de agir da mesma forma em várias ocasiões[95].

A ONU, dentre outros organismos, pode apresentar e tem apresentado reclamações internacionais e protestos a Estados a despeito do silêncio ou reticência da carta constitutiva a respeito; pode, ademais, praticar atos unilaterais, servir de depositária de convenções internacionais, operar navios sob sua bandeira "sem recorrer à jurisdição ou responsabilidade internacional de qualquer Estado" – o que tem ocorrido na prática não obstante o silêncio da carta constitutiva da Organização a esse respeito[96].

Tomemos, como outro exemplo, de dimensões mais amplas, a questão tormentosa da descolonização, já mencionada. A atuação da ONU pode aqui desdobrar-se em três categorias principais. A primeira, o sistema de tutela – sucessor do sistema de mandatos, da Liga das Nações – é regulamentado pelos – capítulos XII e XIII da Carta da ONU[97], tendo já praticamente cumprido seus propósitos com seu apogeu pertencendo ao passado. A segunda categoria, a dos territórios sem governo próprio, constitui inovação introduzida pelo capítulo XI da Carta da ONU[98]; a esse propósito, como o artigo 73º da Carta da ONU não indicava um órgão de supervisão, a Assembleia Geral da ONU estabeleceu em 1946 um comitê *ad hoc*, institucionalizado em 1948 e cognominado em 1951 Comitê de Informações sobre Territórios sem Governo Próprio.

Já a terceira categoria difere das duas anteriores por decorrer não propriamente do texto da Carta, mas de uma vasta prática da

95 *Ibid.*, p. 24.

96 *Ibid.*, p. 26-27.

97 Cf. a respeito, *e.g.*, C. E. Toussaint. *The Trusteeship System of the United Nations*. London: Stevens, 1956, p. 1 ss.

98 Cf. a respeito, *e.g.*, E. J. Sady. *The United Nations and Dependent Peoples*. Washington: Brookings Inst., cap. III, p. 65-121.

Organização impulsionada pela celebrada resolução 1514 (XV) de 1960, da Assembleia Geral, contendo a Declaração sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Coloniais. Foi justamente a XV Assembleia Geral da ONU que deu uma nova dimensão à questão colonial[99], quando a Assembleia nela se engajou com base na autoridade que lhe atribui em termos bem gerais o artigo 10º da Carta da ONU de discutir quaisquer assuntos dentro de seu âmbito[100].

No ano seguinte à adoção da Declaração ocorreu o estabelecimento do Comitê da Descolonização (conhecido como Comitê dos 24 Membros, uma vez que sua composição fora logo ampliada de 17 para 24 membros), que passou a operar em 1962. Desde então a ONU se viu inteiramente engajada no movimento da descolonização – tanto quanto, senão mais do que na função originalmente primordial de manutenção da paz e segurança internacionais – e em uma vastíssima prática que jamais poderia ter sido imaginada ou prevista à época da elaboração da Carta da ONU[101].

Mas foi o ano de 1960, da XV Assembleia Geral da ONU, cognominado o "ano da África", que, por meio da Declaração sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Coloniais, marcou decisivamente um ímpeto novo e inexorável no processo de descolonização, de que se tornou o órgão-chave por excelência o Comitê dos 24 Membros logo a seguir fundado; antes disso, o dispositivo mais acionado da Carta da UNU (nem sempre pelos

99 Sobre o pronunciamento de Khrushchev, a respeito, na Assembleia, cf., *e.g.*, D. A. Kay. *The New Nations in the United Nations, 1960-1967*. N.Y.: Columbia University Press, 1970, 150-152; e cf. p. 146-180 (sobre a política de descolonização na ONU).

100 D. W. Wainhouse. *Remnants of Empire: the United Nations and the End on Colonialism*. N.Y.: Harper & Row Publ., 1964, p. 9.

101 R. Emerson. The United Nations and Colonialism. In: K. J. Twitchett (ed.). *The Evolving United Nations: A Prospect for Peace?* London: Europa Publ., 1971, p. 83-99. A Declaração de 1960 (supra) fora formalmente adotada aos 14 de dezembro por unanimidade (89 votos a favor e nenhum contra), mas com 9 abstenções (Cf. *ibid.*, p. 91).

trâmites pacíficos dos capítulos XI a XIII da Carta) era o artigo 73º, que estabelecia obrigações e responsabilidades relativas aos territórios sem governo próprio[102].

A Declaração de 1960 baseia-se juridicamente na Carta da ONU, mais propriamente no princípio da autodeterminação[103] e nas referências à proteção dos direitos humanos. Como observa o autor do estudo possivelmente o mais completo sobre o tema, pode-se considerar a Declaração como uma interpretação da Carta, mas ela ultrapassa os limites de uma simples interpretação e passa a refletir um direito internacional costumeiro incipiente; tecnicamente, como resolução declaratória da Assembleia Geral, a Declaração jamais poderia constituir-se em revisão, ainda que indireta, da Carta da ONU, mas a despeito dessa ausência de efeitos jurídicos obrigatórios, tornou-se considerável a influência da Declaração no reconhecimento e cristalização de novos princípios do direito internacional[104]. E o mecanismo de aplicação pela atuação do Comitê da Descolonização (dos 24 Membros) produziu, como se sabe, resultados mais do que satisfatórios, – mas cujo exame e avaliação escapam aos propósitos do presente estudo[105].

102 J. Sette Câmara. O Fim do Colonialismo. *Tempo Brasileiro*, v. 38-39, 1974, p. 5-12 e 23; foi precursor do artigo 73º da Carta da ONU o artigo 22º do Pacto da Liga das Nações.

103 A. Rigo Sureda. *The Evolution of the Right of Self-Determination – Study of the United Nations Practice*. Leiden: Sijthoff, 1973, p. 100-101; S. Calogeropoulos-Stratis. *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*. Bruxelles: Bruylant, 1973, p. 120-123.

104 Cabe ainda ressaltar ser a Declaração peremptória na condenação do colonialismo, entendido este não apenas em seu aspecto político, mas também em suas manifestações econômicas, sociais e culturais; Maurice Barbier. *Le Comité de Décolonisation des Nations Unies*. Paris: LGDJ, 1974, p. 74-81.

105 O Comitê foi criado como órgão subsidiário da Assembleia Geral, mas por esta autorizado a encaminhar diretamente também ao Conselho de Segurança os problemas atinentes à descolonização; M. Barbier, *op. cit. supra* N. 104, p. 210-212. Para um balanço da atuação e realizações do Comitê, cf., *e.g.*, M. Barbier, *op. cit. supra* N. 104, p. 245-633; P. Martine. Le Comité de Décolonisation et le droit international. *Revue générale de droit international public*, v. 74, 1970, p. 387-389; A. Khol. The "Committee of Twenty-Four" and the Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples. *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal*, v. 3, 1970, p. 21-50. Somente de 1962 até o final dos anos sessenta, mais de 20 territórios haviam se tornado independentes com o apoio pelo menos moral do Comitê. Em 1962 o Comitê examinou

A Declaração de 1960 acelerou o processo de reconhecimento de um direito de autodeterminação, corroborado pela vasta prática subsequente dos órgãos da ONU sobre a matéria; com o tempo, na observação de Rosalyn Higgins, uma denegação de autodeterminação no contexto imediato da descolonização veio a ser encarada como uma denegação de direitos humanos, e como tal um assunto que recai sob a competência dos órgãos da ONU[106]. A emancipação política de tantos novos Estados tem, a seu turno, causado grande impacto no seio da ONU, *e.g.*, pela composição bastante ampliada de um de seus órgãos principais, a Assembleia Geral, de cujos trabalhos participam todos os Estados-membros; ponto que curiosamente tem sido negligenciado e que é merecedor de reflexão é o fato de que foi precisamente a ONU que auxiliou decisivamente muitos dos novos Estados, mesmo face às resistências das metrópoles, a alcançar sua soberania política e a "encontrar seu lugar no mundo"[107]. A prática e as resoluções da ONU para a proteção dos povos dependentes tiveram assim o efeito de "modificar todo o capítulo do direito internacional relativo à soberania territorial"[108].

8.4.4. A questão do controle da "legalidade" dos atos da ONU

Era de se esperar que a ampla expansão da prática da ONU, paralelamente às insuficiências dos dispositivos de sua Carta, viesse a gerar, em certos círculos, algumas inquietações e incertezas

as situações de 12 territórios, em 1963 de 14, em 1964 de 32, em 1965 de 15; três dos principais casos foram o do *Sudoeste da África* (1962-1966), o da *Rodésia do Sul* (1962-1966), e o dos *Territórios Portugueses* (Moçambique e Angola, 1962 em diante); cf. P. K. Menon. United Nations Special Committee and Decolonization. *Indian Journal of International Law*, v. 9, 1969, p. 19-46.

106 R. Higgins. *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*. Oxford: Oxford University Press, 1963, p. 100 e 103-104, e cf. p. 315-316.

107 S. D. Bailey. *The General Assembly of the United Nations*. London: Stevens, 1960, p. 253.

108 J. Castañeda, *op. cit. supra* N. 60, p. 4.

acerca da pretensa "legalidade" de alguns de seus atos. Mas diferentemente do que ocorre no âmbito interno dos Estados, ou pelo menos no sistema jurídico interno de alguns Estados, não há no ordenamento internacional um órgão especificamente responsável pela determinação da "constitucionalidade" ou não dos atos das autoridades que aplicam as normas jurídicas; no que tange às organizações internacionais, e em particular à ONU, na prática cada órgão principal tem determinado a "legalidade" de seus próprios atos e o âmbito legal de suas funções, para tal levando em conta sua própria prática[109]. Isso explica, até certo ponto, por exemplo, a ampla utilização pela ONU de resoluções contendo declarações ou outros pronunciamentos de natureza geral, por satisfazerem uma necessidade básica da chamada "sociedade internacional", em que

> *a ausência de órgãos legislativos permanentes e, em geral, a natureza não especializada e não institucionalizada do processo pelo qual é criado o direito internacional gera uma falta de estabilidade e precisão em muitas regras não convencionais, contradições frequentes entre certas regras, e lacunas relativamente numerosas observadas naquela ordem normativa*[110].

Recentemente tem ressurgido um interesse maior no tema da "legalidade" dos atos das organizações internacionais, e inclusive no de sua responsabilidade (cf. seção V, *infra*). Mesmo os proponentes e partidários da doutrina dos "poderes implícitos" vieram a admitir a necessidade do desenvolvimento de técnicas de revisão ou controle dos atos das organizações internacionais (*e.g.*, pela Corte Internacional de Justiça, ou nas linhas dos tribunais administrativos da ONU – hoje reformado –

109 *Ibid.*, p. 15.

110 *Ibid.*, p. 169-170.

e da OIT)[111], particularmente no caso da ONU cuja atuação é de grande relevância para o direito internacional contemporâneo. Isto não significaria necessariamente um abandono da doutrina dos "poderes implícitos", dado que mesmo os que em princípio se lhe opõem admitem, todavia que, em casos concretos, pode-se configurar uma "competência implícita" da Organização desde que decorrente da interpretação de dispositivos de sua carta constitutiva e não como regra do direito internacional[112].

As técnicas mais comuns para a determinação da "legalidade" de atos da Organização em caso de controvérsia são o envio do caso à Corte Internacional de Justiça para um parecer, ou o recurso a uma comissão de juristas *ad hoc* para interpretação[113] (ainda que tecnicamente não obrigatória na ausência de emenda da Carta nesse sentido). Resoluções adotadas pela Assembleia Geral contra dois Estados (África do Sul e Israel) nas décadas de sessenta e setenta atraíram as atenções de alguns círculos para o tema da implantação do *due process of law* nas Nações Unidas. Algumas sugestões vieram a ser apresentadas desde então.

Por exemplo: ao se verificar uma objeção razoável a uma moção perante a Assembleia Geral, sugeriu-se que a "legalidade" da decisão deveria ser examinada por um outro órgão, *e.g.*, poder-se-ia solicitar à Consultoria Jurídica (*Legal Counsel*) da ONU um relato dos precedentes relevantes e de seus pontos de vista quanto à aplicação da decisão ao caso em pauta. Haveria ainda a possibilidade de parecer da Corte da Haia ou orientação por parte de uma comissão de juristas. No plano processual, antes de se decidir uma questão polêmica no plenário da Assembleia

111 Cf. R. Khan, *op. cit. supra* N. 52, p. 222.

112 G. I. Tunkin, *op. cit. supra* N. 3, p. 24-25.

113 R. Zacklin, *op. cit. supra* N. 78, p. 181-182; L. B. Sohn. Enabling the United States to Contest 'Illegal' United Nations Acts. *American Journal of International Law*, v. 69, 1975, p. 852-854.

Geral, poderia ser ela objeto de um estudo preparatório por parte de um comitê, e desenvolver-se-iam esforços para a obtenção de um consenso, mediante consultas entre grupos regionais, acerca da medida a ser tomada; se necessário ou conveniente, a votação em matéria substantiva poderia ser adiada por alguns dias para melhor apreciação do caso[114].

Algumas dessas técnicas já vêm há muito sendo normalmente, ou de tempos em tempos, utilizadas, mas talvez sem o rigor com que vêm advogando certos círculos, particularmente a partir da XXIX Assembleia Geral da ONU (1974). Há, aqui, que se precaver contra os excessos de uma posição inadequadamente "legalista" e reacionária. Afinal, a ONU foi concebida como uma organização permanente, e se não tivesse a habilidade e os meios de se adaptar às novas circunstâncias da conjuntura internacional há muito teria se tornado um organismo totalmente ineficaz e obsoleto. Na prática, a ONU tem demonstrado grande capacidade de adaptação a novas circunstâncias, e a evolução de sua Carta não se prende a técnicas excessivamente formais. Como os métodos informais de adaptação da Carta têm logrado sucesso, subsiste a virtual não aplicação dos artigos 108 e 109; na prática, as técnicas utilizadas para assegurar a evolução da Carta têm sido o processo de *interpretação*, a não aplicação de certos dispositivos (*e.g.*, artigos 43 a 48 e 106 da Carta), e a conclusão de acordos suplementares (*e.g.*, na área de defesa ou segurança coletiva regional)[115].

Dentre estas, destaca-se o desenvolvimento da Carta pela interpretação, talvez a técnica mais frequentemente utilizada (cf. *supra*). Em sua lúcida análise da Carta da ONU, Quincy Wright observava, já em 1960, que

114 L. B. Sohn. Due Process in the United Nations. *American Journal of International Law*, v. 69, 1975, p. 620-621.

115 R. Zacklin, *op. cit. supra* N. 78, p. 180-181, e cf. p. 181-197.

> *os dispositivos da Carta recaem sob cinco categorias, abrangendo, respectiva e sucessivamente, os* propósitos, princípios, membros, órgãos e procedimentos. *O preâmbulo e os capítulos I a III lidam com as quatro primeiras matérias. Os demais 16 capítulos lidam amplamente com os procedimentos. Seis capítulos descrevem os procedimentos disponíveis a cada um dos órgãos principais juntamente com detalhes de sua estrutura e poderes, e dez [capítulos] descrevem procedimentos para a realização dos principais propósitos das Nações Unidas. [...] Deve-se notar que [a] descrição das funções do Conselho de Segurança, da Assembleia Geral, do Conselho Econômico e Social, e da Corte Internacional de Justiça, respectivamente, não se conforma com exatidão às funções de que eles na verdade desempenham hoje. Os propósitos e princípios permaneceram os mesmos, mas as funções e procedimentos dos órgãos se modificaram"*[116].

Os órgãos da ONU têm optado pela interpretação efetiva ao invés da restritiva[117]. Sendo assim, era de se esperar que por vezes surgissem indagações acerca da "legalidade" de alguns de seus atos, particularmente dos provenientes de seus órgãos *políticos*.

Um exemplo pertinente seria o da distribuição de competências entre a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança (*e.g.*, a questão da resolução *Uniting for Peace, supra*). O problema das funções respectivas da Assembleia e do Conselho foi levado à Corte Internacional de Justiça no parecer sobre *Certas Despesas da ONU* (1962), em que "vários membros da Corte aceitaram, com nuances, o princípio de que cabia a cada órgão, na primeira instância,

116 Quincy Wright. *International Law and the United Nations*. Bombay/Calcutta/New Delhi: Asia Publ. House, 1960, p. 22-23 e 24-25.

117 *Ibid.*, p. 38.

determinar sua própria competência, e de que havia uma presunção *prima facie* da validade de sua decisão"[118] – ponto de vista que encontrou algum apoio também na doutrina[119].

Contudo, subsiste uma divisão doutrinária entre os que não admitem que um ato "ilegal" da ONU possa gerar efeitos jurídicos – *ex injuria jus non oritur* (*e.g.*, voto do juiz Spender no parecer sobre *Certas Despesas da ONU*, 1949), e os que aceitam o ponto de vista oposto, *ex injuria jus oritur* (*e.g.*, Kelsen, ressaltando que, *e.g.*, a resolução *Uniting for Peace* seria talvez uma ilustração pertinente, ainda que "inconsistente com o velho direito das Nações Unidas")[120]. Nas últimas décadas, a preocupação com o estabelecimento do *due process of law* nas Nações Unidas (*supra*) se volta particularmente a resoluções adotadas condenando determinados Estados, no sentido de dar a esses Estados a oportunidade de um *fair hearing* e de proceder a um levantamento objetivo dos fatos relevantes; mas esta ainda é uma área em grande parte inexplorada, insuficientemente debatida, e que ainda não foi tema de determinação judicial[121] (*e.g.*, pela Corte Internacional de Justiça).

8.4.5. A pretensa "competência nacional exclusiva": lições da prática da ONU

Com estas ressalvas, podemos passar à questão, não menos complexa, da delimitação de competências entre a organização

118 F. Morgenstern. Legality in International Organizations. *British Year Book of International Law*, v. 48, 1976-1977, p. 247, e cf. p. 246 e 241.

119 Cf., *e.g.*, L. B. Sohn, *op. cit. supra* N. 59, p. 57: "há uma presunção de que ações autorizadas pelos órgãos apropriados das Nações Unidas são legais, a não ser que se possa provar que o órgão agiu *ultra vires*".

120 F. Morgenstern. Legality in International Organizations. *British Year Book of International Law*, v. 48, 1976-1977, p. 255. E cf. E. Lauterpacht. The Legal Effect of Illegal Acts of International Organizations. In: *Cambridge Essays in International Law – Essays in Honour of Lord McNair*. London: Stevens/Oceana, 1965, p. 88-121.

121 F. Morgenstern, *op. cit. supra* N. 147, p. 253.

das Nações Unidas e os Estados-membros, conforme ilustrada pelo problema de competência nacional exclusiva. Com a importância e a complexidade crescentes da atividade das organizações internacionais no plano internacional, uma tensão aparente entre o sistema jurídico internacional e pressupostos do tradicional sistema estritamente interestatal veio a tornar-se mais visível, como se pode constatar na própria Carta da ONU mediante um paralelo, *e.g.*, entre, de um lado, os artigos 25-51 e, de outro, o artigo 2º(2)-(7), ilustrando o contraste entre as normas orientadas para o sistema internacional e as voltadas para o Estado, respectivamente[122]. Ocorre que, além da distribuição interna de competências dos órgãos da ONU, há também as competências que a organização "compartilha" com os Estados-membros[123].

A esse respeito, um dos problemas fundamentais é o da competência para interpretar certos dispositivos da Carta, em particular a cláusula da "competência nacional exclusiva", o artigo 2º(7). A inserção dessa cláusula na Carta da ONU foi influenciada, pelo menos em parte, pelo desejo de se "contrabalançar" a expansão das competências da ONU (em comparação com as da precursora Liga das Nações)[124], refletida, por exemplo, no estabelecimento de um Conselho Econômico e Social (o ECOSOC)[125].

Como o problema em questão diz respeito basicamente às relações entre a organização e seus membros[126], surge então a

122 W. D. Coplin. International Law and Assumptions about the State System. *World Politics*, v. 17, n. 43, 1965, p. 627.

123 R. L. Bindschedler, *op. cit supra* N. 2, p. 318, e cf. p. 341.

124 *Ibid.*, p. 393.

125 ONU, documento 1019-I/1/42, de 16 de junho de 1945. *U.N.C.I.O.*, v. 6, p. 514-515; J. Ludovicy. L'article 2(7) de la Charte des Nations Unies et la notion du domaine réservé. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1957-1958, p. 180.

126 L. M. Goodrich; E. Hambro; A. P. Simons. *Charter of the United Nations.* 3ª ed. rev. N.Y.: Columbia University Press, 1969. p. 63.

indagação: a quem cabe a interpretação da matéria, aos Estados-membros ou aos órgãos da ONU? A primeira alternativa, da interpretação pelos próprios Estados-membros, foi decididamente rejeitada tanto pelos redatores da Carta da ONU quanto pela prática subsequente da organização, que preferiram apoiar a interpretação por parte dos órgãos distintos da organização de acordo com suas funções específicas; e a doutrina, não menos do que a prática, tem-se inclinado na mesma direção: a maioria esmagadora dos *scholars* independentes tem denunciado e rejeitado, com fundamentos diversos, as ambiguidades e deficiências técnicas de cláusulas obscuras como a da pretensa "competência nacional exclusiva"[127].

As próprias origens dessa cláusula – remontando ao artigo 15(8) do Pacto da Liga das Nações – são obscuras, e sua inclusão na Carta da ONU – artigo 2º(7) – cercou-se de dúvidas e incertezas. Em San Francisco haviam os partidários de uma determinação precisa e "legalista" da distribuição de competências entre os órgãos da ONU, mas venceu a tese da evolução gradual e interpretação política por parte dos órgãos da ONU até mesmo da cláusula do domínio reservado[128]. A linha divisória entre questões "internacionais" e "internas" não se encontra fixada pelos termos da Carta da ONU, mas vem-se desenvolvendo pela própria prática internacional, dependendo até certo ponto de um juízo politológico: assim, *e.g.*, se se considera que uma questão afeta a paz e segurança internacionais, recai de imediato sob a competência da ONU. Ademais, a determinação das obrigações de um Estado é "claramente uma função internacional"[129].

127 Cf., nesse sentido a bibliografia in A. A. Cançado Trindade, *O Estado e as Relações..., op. cit. supra* N. 89, p. 51-53.

128 Quincy Wright, *op. cit. supra* N. 143, p. 53-55, e cf. p. 57-58 e 62-63. A determinação das obrigações internacionais de um Estado é uma questão internacional e não interna; *ibid.*, p. 65 e 67-68.

129 *Ibid.*, p. 68-70; Quincy Wright. Is Discussion Intervention? *American Journal of International Law*, 1956, p. 105.

Tampouco se encontram indicações expressas na Carta sobre sua interpretação autêntica, muito embora a matéria tenha sido debatida na Conferência de San Francisco[130]. O artigo 2º(7) é igualmente omisso, mas os debates do Comitê I/1 da Conferência demonstraram que tal omissão não visava facultar a cada Estado o poder de determinar se um assunto recaía ou não sob seu domínio reservado; "a presunção era antes de que os vários órgãos da ONU seriam competentes para fazê-lo, já que o problema era encarado como uma aplicação determinada da interpretação da Carta"[131]. O mesmo dispunha o relatório a respeito aprovado pelo Comitê IV/2 da Conferência. Assim, conforme ressaltamos em monografia sobre o tema, "a atribuição ao órgão envolvido e não ao Estado interessado da determinação se uma matéria estaria ou não coberta pela limitação do artigo 2º(7) evidencia a artificialidade desse dispositivo como salvaguarda da soberania do Estado"[132].

Nas observações perspicazes de Quincy Wright, a Carta da ONU

> *não é um modelo de redação precisa. Está repleta de ambiguidades e mesmo inconsistências que possibilitam amplas divergências interpretação e desenvolvimento. É inevitável que alguns dispositivos sejam vagos em um instrumento como a Carta. Um documento preciso provavelmente jamais teria sido adotado pelos gover-*

130 Nesse ponto a Carta da ONU difere das cartas constitutivas das agendas especializadas. Dentre as principais razões para aquela omissão situava-se, no relato de Zacklin, "a hostilidade da União Soviética à noção de que o poder de interpretação autêntica deveria ser atribuído à Corte Internacional de Justiça"; R. Zacklin, *op. cit. supra* N. 78, p. 181.

131 A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* N. 89, p. 15.

132 *Ibid.*, p. 16. Assim, por exemplo, decorrido apenas um ano da adoção da fraseologia daquele artigo na Conferência de San Francisco, os debates da ONU acerca do caso *espanhol* "trouxeram à baila o conceito do *international concern*, abrindo um largo campo de ação, confirmado pela prática subsequente, em situações até então consideradas como exclusivamente do domínio reservado dos Estados", *ibid.*, p. 41.

> *nos, e se por um milagre tivesse sido adotado, ter-se-ia mostrado incapaz de funcionar por qualquer período de tempo em um mundo em transformação. Felizmente a precisão absoluta encontra-se além das capacidades da linguagem ordinária em que se redigem os instrumentos internacionais. Sempre há possibilidade para diferentes interpretações e, como ressaltou o professor Kelsen [The Law of the United Nations, 1950, e suplemento, 1951], nenhuma interpretação pode com frequência ser encarada como absolutamente correta. Mesmo que algumas das cláusulas operacionais pareçam precisas em seus termos, o preâmbulo simbólico e as asserções amplas de propósitos e princípios fornecem uma oportunidade vasta para suplementar, complementar, ou modificar seu sentido aparente. No entanto, é possível que a Carta, dadas as circunstâncias políticas de seu nascimento, padeça de um excesso de redação insuficiente e consequente ambiguidade. [...] [As] extraordinárias ambiguidades e possibilidades de desenvolvimento divergente tornam o problema da interpretação da Carta da maior importância. O futuro das Nações Unidas não é determinado pela Carta, mas pelo que dela se faz à medida que a história evolui*[133].

Assim, não é de se surpreender que na prática os órgãos da ONU, ao firmarem com versatilidade sua competência para examinar casos concretos a despeito de objeções de domínio reservado, não tenham impedido que os debates sobre competência se entremeassem frequentemente com discussões quanto ao mérito dos casos em pauta, tornando-se difícil o estabelecimento

133 Quincy Wright, op. *cit. supra* N. 143, p. 33-35.

de uma linha divisória clara entre os dois planos[134]. Na prática, os órgãos políticos da ONU têm simplesmente rejeitado objeções por parte dos Estados à sua competência ou tomado medidas aparentemente ignorando-as, e nem por isso se deve encarar tal prática como arbitrária, pois nada mais faz do que expressar uma interpretação possível e mesmo razoável da cláusula – inserida na Carta – da competência nacional exclusiva, que se constitui em fonte de toda a ambiguidade possível[135].

Com efeito, a Carta da ONU não contém dispositivo algum concernente a um *procedimento* para a aplicação daquela cláusula. Outros dispositivos da Carta (*e.g.*, o artigo 33º)

> *podem ser simultaneamente interpretados de modo a tornar inócua a cláusula do domínio reservado. Obtém--se o mesmo resultado através da interpretação dessa cláusula em combinação com outros dispositivos da Carta (tomada como um todo): os artigos 10º[136] e 14 afirmando a competência da Assembleia Geral para debater qualquer tópico (e recomendar medidas) dentro do âmbito da Carta, o artigo 34º afirmando o poder do Conselho de Segurança de investigar qualquer conflito ou situação passível de colocar em perigo a paz e segurança internacionais independentemente da origem, ou o artigo 39º a respeito do seu poder para determinar a existência de uma ameaça ou de uma ruptura da paz*[137].

134 A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* N. 89, p. 26.

135 *Ibid.*, p. 42.

136 O artigo 10º da Carta da ONU, por exemplo, atribui à Assembleia Geral a competência geral de discutir e formular recomendações sobre "*quaisquer questões ou assuntos* que estiverem dentro das *finalidades* da presente Carta" (grifo nosso).

137 A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* N. 89, p. 41.

Assim, o disposto no artigo 2º(7) pode sem dificuldades ser "neutralizado" pela aplicação de outros dispositivos da Carta. Uma ilustração de que, por exemplo, a implementação dos direitos humanos pode vir a se tornar um "tema legítimo de interesse internacional" (*international concern*) é fornecido pelo parecer de 1950 da Corte Internacional de Justiça, no caso da *Interpretação dos Tratados de Paz com a Bulgária, Hungria e Romênia*, em que a Corte, ao refutar a objeção do artigo 2º(7) da Carta, indicou que a questão dos direitos humanos recaía no âmbito do artigo 55º da Carta; no mesmo sentido, no parecer da *Namíbia* (1971), a Corte reconheceu expressamente "a existência de obrigações legais emanando dos artigos 55 e 56 da Carta", o que conduziria à conclusão de que "para a Corte a questão de direitos humanos e não discriminação não recai no domínio reservado dos Estados-Membros"[138].

Tanto a prática dos órgãos da ONU quanto as atas da Conferência de San Francisco rejeitam a tese da pretensa "autointerpretação" pelos próprios Estados-membros da cláusula da assim chamada competência nacional exclusiva[139]. Ao contrário, a evolução da Carta da ONU pelo processo de interpretação por parte de seus órgãos inclina-se pela expansão da jurisdição internacional em detrimento do domínio reservado dos Estados[140]. Poder-se-ia mesmo avançar a sugestão de que, ao ter sido adotada na Conferência de San Francisco a cláusula da "competência nacional exclusiva", gerou ela sobretudo o efeito psicológico – e ilusório – de reassegurar

138 E. Jiménez de Aréchaga, *op. cit. supra* N. 49, p. 176-177. Em última análise, cabe à maioria, simples ou qualificada, conforme requerer a Carta, reconhecer ou rejeitar a exceção do domínio reservado; A. Verdross, *op. cit. supra* N. 74, p. 73; e cf. Quincy Wright, *op. cit. supra* N. 143, p. 56.

139 Cf., *inter alia*, I. L. Claude Jr., *op. cit. supra* N. 22, p. 166, 169 e 184. A esse propósito, sabe-se, por exemplo, que "é um princípio de direito internacional que nenhuma parte [litigante] pode dar uma interpretação definitiva de um tratado"; Quincy Wright, *op. cit. supra* N. 143, p. 36.

140 I. L. Claude Jr., *op. cit. supra* N. 22, p. 186; e cf. R. Zacklin, *op. cit. supra* N. 78, p. 182.

a alguns Estados que a sua soberania estaria desse modo preservada[141].

Na verdade, do empirismo da prática internacional a respeito, emerge, como fator constante em diversos casos que examinamos, a incapacidade de um Estado que interpõe uma objeção baseada na "competência nacional exclusiva" de impedir a inclusão do tópico em questão na agenda do órgão internacional encarregado de seu exame e sua discussão ulterior em nível internacional. Tal constatação, por si só, já bastaria para rejeitar o critério material ou objetivo do domínio reservado dos Estados (pelo qual há assuntos que por sua própria natureza recaem na competência nacional exclusiva) como desprovido de qualquer fundamento jurídico no mundo de hoje. A determinação da extensão e alcance de tal domínio é matéria que os órgãos internacionais têm entendido como pertencente à sua esfera de competências[142].

Isto não é de se surpreender, uma vez que a questão das competências de cada um dos órgãos da ONU encontra-se intimamente ligada aos propósitos e fins da Organização[143]. No dizer de Bindschedler, a prática da ONU acerca da cláusula da "competência nacional exclusiva" levou a resultados opostos aos que os redatores da Carta aparentemente haviam pretendido, mesmo porque não há aplicação do artigo 2º (7) da Carta baseada em princípios claramente definidos[144]. A Carta da ONU foi "mal redigida", comportando contradições, e constituindo-se em "um instrumento de natureza mais política do que jurídica. Com efeito, as normas de direito substantivo e os dispositivos concernentes à competência dos órgãos das Nações Unidas entremeiam-se com considerações

141 A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* N. 89, p. 41.

142 *Ibid.*, p. 43.

143 R. L. Bindschedler, *op. cit. supra* N. 2, p. 381.

144 *Ibid.*, p. 396.

políticas e declarações de intenção"[145]. Assim, é menos através de uma reserva expressa de competência nacional exclusiva do que pelas reais restrições de ação impostas aos órgãos da ONU[146] que um domínio reservado dos Estados poderia vir a ser assegurado.

8.5. Conclusões

Ao concluir o presente capítulo, procedemos a uma recapitulação dos principais pontos nele desenvolvidos, acrescidas de breves considerações adicionais. A despeito do silêncio de sua Carta a respeito, é a ONU dotada de personalidade jurídica internacional, que a possibilita atuar no plano internacional como entidade distinta e independentemente dos Estados-membros individuais. No que tange às competências de seus órgãos, a tese da interpretação literal da Carta, tradicional e conservadora, não se encontra corroborada pela prática da própria Organização. A doutrina dos "poderes inerentes" da ONU incorre no extremo oposto, não refletindo com fidelidade e precisão a realidade (*e.g.*, ao colocar as organizações intergovernamentais em plano de estrita igualdade jurídica com os Estados).

É a doutrina dos "poderes implícitos" da ONU a que logrou obter o maior respaldo doutrinário, ademais de jurisprudencial, ao contar desde cedo com o reconhecimento judicial da Corte Internacional de Justiça. Tal doutrina atribui poderes implícitos à ONU que sejam essenciais ao desempenho de suas tarefas, respeitados sempre os propósitos da ONU para que seja válido o exercício de suas funções. Como já indicado, a doutrina dos "poderes implícitos" tem na prática sido amplamente utilizada em campos de atuação da ONU os mais distintos.

145 *Ibid.*, p. 415.

146 M. Bourquin. *L'État souverain et l'organisation internationale*. N.Y.: Manhattan Publ. Co. 1959, p. 28.

Quanto à sua natureza jurídica, a Carta da ONU não se apresenta nem como uma constituição formal nem como um tratado a ser interpretado como qualquer outra convenção multilateral, mas antes como um tratado *sui generis* – a ser interpretado como tal – que dá origem a uma organização internacional que passa a ter "vida própria", dotada que é de personalidade jurídica distinta da de seus Estados-membros individuais e de órgãos próprios. A questão das competências se põe tanto no âmbito *interno* (distribuição interna de competências dos órgãos da ONU) quanto *externo* (relações entre a ONU e os Estados-membros, *e.g.*, a questão da "competência nacional exclusiva"). No âmbito interno, a própria prática tem operado uma alteração relativa do equilíbrio ou separação de poderes entre a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança, originalmente contemplado na Carta da ONU (expansão da atuação da Assembleia). Também no plano processual decisório têm-se verificado certas alterações pela própria prática internacional.

As atividades da ONU não têm se exaurido nas expressamente previstas em sua carta constitutiva, sendo inúmeras as ilustrações. Dentre as mais marcantes está o engajamento da ONU na questão da descolonização (particularmente a partir de 1960), que acelerou o processo de reconhecimento de um *direito* de autodeterminação, com importantes implicações inclusive para o capítulo da soberania territorial no direito internacional contemporâneo.

A ONU tem habitualmente externalizado sua atuação e decisões através de resoluções, de conteúdo, significação e relevância variáveis. Tampouco são idênticos os efeitos jurídicos de suas resoluções. Do multilateralismo no processo decisório da ONU têm se valido os Estados para até certo ponto compensar suas desigualdades de poder no cenário internacional. Certas resoluções da ONU têm contribuído sobremaneira e de modos distintos para a forma-

ção de normas do direito internacional geral, e é injustificável que nos dias de hoje ainda não constem das categorias de “fontes” do direito internacional enumeradas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, pelas razões já indicadas no capítulo I, *supra*.

Na prática, as técnicas mais amplamente utilizadas para assegurar a evolução da Carta, e a ampla expansão da prática da ONU, têm sido principalmente o processo de interpretação, e também a virtual não aplicação de certos dispositivos, e a conclusão de acordos suplementares. Não surpreendentemente, a ampla expansão da prática da ONU tem levantado em certos círculos a questão do controle da “legalidade” dos atos da ONU, e algumas propostas concretas têm ao longo dos anos sido formuladas nesse sentido.

Em nossos dias, as atenções se voltam inclusive à *responsabilidade* das organizações internacionais[147], dada a expansão do capítulo da responsabilidade internacional no direito internacional contemporâneo – atestada pelo labor da Comissão de Direito Internacional da ONU ao adotar, ao longo da última década, os Artigos sobre a *Responsabilidade dos Estados* (de 2001) e sobre a *Responsabilidade das Organizações Internacionais* (de 2011)[148]. Acrescente-se que, a partir de 2006 e até o presente (fins de 2017), passou a figurar na agenda da Assembleia Geral das Nações Unidas, e nela a atrair atenção crescente, a temática do primado do direito (*rule of law/préeminence du droit*) nos planos tanto nacional como internacional.

147 Cf., *e.g.*, P. Klein. *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*. Buxelles: Éd. Bruylant/Éd. Université de Bruxelles, 1998, p. 21-225 e 311-611; K. Wellens, *Remedies against International Organisations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 1-270. [Vários Autores] A. S. Barros; C. Ryngaert; J. Wouters (eds.). *International Organizations and Member State Responsibility – Critical Perpectives*. Leiden: Brill/Nijhoff, 2017, p. 1-225.

148 Para um paralelo entre ambos, cf. A. A. Cançado Trindade. *Direito das Organizações Internacionais*. 6ª ed. rev., *op. cit. supra* N. 1, caps. XXVII e XXIX, p. 611-619 e 653-660.

Em suas resoluções anuais sobre esta matéria, adotadas após intensos debates entre considerável número de Estados, a Assembleia Geral tem reiterado que os direitos humanos, o *rule of law/préeminence du droit*, e a democracia encontram-se interligados e se reforçam mutuamente, e pertencem aos "valores e princípios centrais", universais e indivisíveis, das Nações Unidas; e tem, acrescentado, *inter alia*, sua asserção no sentido do "imperativo de sustentar e promover" o primado do direito (*rule of law/ préeminence du droit*) no plano internacional, em conformidade com os princípios da Carta das Nações Unidas.

São visíveis na Carta da ONU focos de tensão entre normas orientadas para o sistema internacional e normas voltadas para o Estado, conforme ilustrados, *e.g.*, pela cláusula da "competência nacional exclusiva". Na ausência de dispositivos da Carta concernentes a um procedimento para a aplicação daquela cláusula, os próprios órgãos da ONU têm assumido a interpretação da matéria à luz de suas funções específicas. Não surpreende, pois, que a cláusula tenha sido "neutralizada" pela aplicação de outros dispositivos da Carta, e que a objeção da pretensa "competência nacional exclusiva" não tenha logrado impedir a inclusão de determinados temas nas agendas de órgãos internacionais encarregados de seu exame e discussão ulterior a nível internacional. Os órgãos internacionais têm entendido tal matéria como pertencente à sua esfera de competências, as quais encontram-se intimamente ligadas aos propósitos e fins da Organização das Nações Unidas.

Muito embora problemas da natureza dos examinados no presente estudo continuem, em seu estágio atual de desenvolvimento, a ser estudados sob a rubrica do direito internacional público, já há meio século atrás havia *scholars* que assinalavam que tudo indicava que não se devia excluir "a possibilidade de que eventualmente

se desenvolvam em um sistema jurídico separado"[149] ou próprio[150]. Hoje, na segunda década do século XXI, já ninguém questiona a formação de um verdadeiro direito das organizações internacionais, examinado detalhadamente em outra de nossas obras (intitulada precisamente *Direito das Organizações Internacionais*[151]), em cujo âmbito os problemas examinados neste capítulo são aprofundados, ademais de continuarem a ser estudados no marco do direito internacional público.

149 R. Zacklin, *op. cit. supra* N. 78, p. 199; e cf. H.G. Schermers. *International Institutional Law*, v. I. Leiden: Sijthoff, 1972, p. 1 ss.; H. G. Schermers; N. M. Blokker. *International Institutional Law*. 3ª ed. rev. The Hague: Nijhoff, 2001, p. 1 ss.

150 Cf. C. W. Jenks, *op. cit. supra* N. 57, p. 1 ss.; e cf. também E. Shibaeva. Law of International Organization in the System of Modern International Law. *Indian Journal of International Law*, v. 17, 1977, p. 227-233; Ph. Cahier. Le droit interne des organisations internationales. *Revue générale de droit international public*, v. 67, 1963, p. 563-602; M. Merle. Le pouvoir réglementaire des institutions internationales. *Annuaire français de droit international*, v. 4, 1958, p. 341-360.

151 A. A. Cançado Trindade. *Direito das Organizações Internacionais*. 6ª ed. rev., *op. cit. supra* N. 1, p. 1-660. E cf. também, *e.g.*, *inter alia*: G. Biscottini. *Il Diritto delle Organizzazioni Internazionali*, v. I-II. 2ª ed. Padova: Cedam, 1981, p. 1 ss.; D. Dormoy. *Droit des organisations internationales*. Paris: Dalloz, 1995, p. 3 ss.; N. D. White. *The Law of International Organisations*. Manchester: Manchester University Press, 1996, p. 1-278; I. Seidl-Hohenveldern; G. Loibl. *Das Recht der Internationalen Organisationen*. Köln/Berlin: C. Heymanns Verlag, 2000, p. 1 ss.; C. Zanghi. *Diritto delle Organizzazioni Internazionali*. Torino: Giappichelli Ed., 2001, p. 1-406.

PARTE IV
INDIVÍDUOS: POSIÇÃO INTERNACIONAL

CAPÍTULO 9
A IMPLEMENTAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Sumário: I. Introdução. II. Experimentos pioneiros outorgando capacidade processual internacional aos indivíduos. III. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e as futuras medidas de implementação. IV. As medidas de implementação dos Pactos de Direitos Humanos da ONU. V. A implementação da Convenção da ONU sobre a Eliminação da Discriminação Racial. VI. O sistema da resolução 1503 do ECOSOC. VII. A atuação das agências especializadas da ONU. VIII. A proteção internacional dos refugiados em seus aspectos jurídicos. IX. Os sistemas regionais (Europeu, Interamericano e Africano) de proteção dos direitos humanos. X. As duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos da ONU (1968 e 1993). XI. Considerações finais.

9.1. Introdução

Há sete décadas, era objeto de preocupação jusinternacionalistas da época a restauração do direito internacional em que viesse a ser reconhecida a capacidade processual dos indivíduos e grupos

sociais no plano internacional[1]. Para isto contribuíram de modo decisivo as lições e experiências legadas pelas duas guerras mundiais. Decorridas três décadas, o quadro com que passaram a se defrontar tornou-se diverso: com o passar dos tempos gradualmente nos distanciamos da fase “legislativa”, de preparo e redação dos tratados e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, para ingressarmos então na fase de efetiva implementação desses direitos, que vem se desenvolvendo nas quatro últimas décadas, até o presente.

Neste capítulo examinaremos essa evolução na proteção internacional dos direitos humanos, à luz de seus princípios, concentrando-nos tanto no direito substantivo, mas sobretudo nos mecanismos de implementação a nível internacional, em âmbito global assim como regional. No abordamento do tema, ainda insuficientemente explorado na bibliografia especializada em língua portuguesa, tentaremos indicar os resultados concretos assim como as dificuldades práticas da implementação internacional dos direitos humanos desde seus inícios, assim como delinear suas trajetórias e perspectivas dessa implementação.

9.2. Experimentos pioneiros outorgando capacidade processual internacional aos indivíduos

Se compararmos os mecanismos de implementação dos direitos humanos prevalecentes em nossos dias com a situação existente há mais de um século e meio atrás, o contraste chega a ser chocante: naquela época não existiam órgãos internacionais de implementação e aos indivíduos não era reconhecida capacidade processual no plano internacional. Esta situação perdurou por

1 Cf., *e.g.*, Charles de Visscher. Les droits fondamentaux de l’homme, base d’une restauration, du droit International. *Annuaire de l’Institut de Droit International*, v. 45, 1947, p. 1-13; A. de La Pradelle. La place de l’homme dans la construction du droit international. *Current Legal Problems*, v. 1, 1948, p. 140- 151; H. Lauterpacht. *The International Protection of Human Rights*. Paris: Rec. Sirey, 1947, p. 13-105.

algumas décadas. Em decorrência desses fatores, a proteção dos direitos individuais efetuava-se inevitavelmente pelo mecanismo das relações basicamente *interestatais*, apresentando algumas variações. É nessa época que se desenvolve a grande polêmica acerca do *standard* mínimo ou internacional de tratamento de estrangeiros (advogado pelos países exportadores de capital) e o *standard* nacional ou regra da igualdade de tratamento (defendida pelos países latino-americanos), intimamente ligada ao exercício da proteção diplomática[2].

Contra o mecanismo da intervenção diplomática cedo se insurgiram os próprios internacionalistas europeus, nela destacando o elemento de arbitrariedade por parte do Estado interventor e o âmbito limitado do sistema de proteção beneficiando um número reduzido de indivíduos (nem sempre os mais necessitados)[3]. Não é de se estranhar que um mecanismo baseado em última análise no livre arbítrio dos Estados viesse a dar margem a inúmeros abusos de que dá testemunho a prática diplomática do século XIX e início do século XX[4]. Ainda em decorrência da descentralização no ordenamento internacional, da não existência de um legislador e um órgão judiciário estritamente supranacionais, verificaram-se na mesma época, e mesmo anteriormente, inúmeros casos da chamada "intervenção humanitária"[5], também ligada à questão do *standard*

2 Cf. A. H. Roth. *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*. Leyden: Sijthoff, 1949, p. 1 ss.; F. V. Garcia Amador. First Report on International Responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, 1956-II, cap. VI, p. 199-203.

3 Cf., *e.g.*, G. Scelle. *Précis de droit des gens – principes et systématique*, parte II. Paris: Rec. Sirey, 1934, p. 252-255; S. Séfériadès. Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye [RCADI]*, v. 51, 1935, p. 24-32.

4 Cf. exemplos, concernentes aos Estados latino-americanos, in: Comité Juridico Interamericano. Contribución que ha hecho el Continente Americano al Desarrollo y a la Codificación de los Principios del Derecho Internacional que Rigen la Responsabilidad del Estado. *Recomendaciones e Informes – Documentos Oficiales*, v. VII. Rio de Janeiro, 1964, p. 180-183.

5 Cf. exemplos práticos *in* M. Ganji. *International Protection of Human Rights*. Genève/Paris: Droz/Minard, 1962, p. 22-38. Subsiste hoje o debate se seria permissível atualmente a intervenção humanitária *por*

mínimo ou internacional de civilização. Ainda dessa época datam os tratados que passaram a visar a proibição do tráfico de escravos[6].

Os indivíduos e grupos de particulares, desprovidos, como já indicado, de capacidade processual no plano internacional, passaram a atuar muito timidamente nesse plano através de *petições* a conferências diplomáticas *ad hoc*[7]. Mas faltava, ainda, naturalmente, um órgão internacional *permanente* para processar tais petições. O *status* processual dos indivíduos passou a ser gradualmente reconhecido e concedido em sucessivos experimentos internacionais específicos[8] iniciando no século XIX com o sistema de navegação do Reno. Nesse sistema, ainda hoje em vigor, aos indivíduos é concedido em certas condições acesso à Comissão Central para a Navegação do Reno[9]. Na II Conferência de Paz da Haia (1907) foi adotada uma Convenção estabelecendo uma Corte Internacional de Presas, a que teriam acesso determinados indivíduos, mas a Convenção jamais entrou em vigor por falta das ratificações necessárias[10]. Exemplo mais ilustrativo é fornecido

parte da ONU na proteção de direitos humanos; cf. John P. Humphrey. The International Law of Human Rights *in* the Middle Twentieth Century. *The Present State of International Law and Other Essays* (Centenary Celebration of the International Law Association 1873-1973). Deventer: Kluwer, 1973, p. 76-77.

6 M. Ganji, *op. cit. supra* N. 5, p. 88-97; J. P. Humphrey, *op. cit. supra* N. 5, p. 78.

7 A começar com o celebrado Congresso em Viena de 1815, seguido dos Congressos de Aix-la--Chapelle (1818) e Berlim (1878), das duas Conferências da Haia (1899 e 1907), e das Conferências de Paris (1919), de Lausanne (1923), de codificação da Haia (1930), do desarmamento (1932); Pieter N. Drost. *Human Rights as Legal Rights*. Leyden: Sijthoff, 1965, p. 76-80, e cf. também N. Feinberg. La pétition en droit international. *RCADI*, v. 40, 1932, p. 529-641.

8 Cf. A. A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century", 24 *Netherlands International Law Review* (1977), p. 373-392.

9 Cf., *e.g.*, H. Walther. Le statut international de la navigation du Rhin. *Annuaire européen*, 1956, p. 23-24; W. J. M. van Eysinga. *La Commission centrale pour la navigation du Rhin*. Leyden: Sijthoff, 1935, p. 85-87 e 123-130.

10 G. Diena. L'individu devant l'autorité judiciaire et le droit internadonal. *Revue générale de droit international public*, 1909, p. 73-76; H. B. Brown. The Proposed International Prize Court. *American Journal of International Law*, 1908, p. 476-489.

pela Corte Centro-Americana de Justiça que, durante sua década de existência (1907-1917), examinou casos movidos diretamente por indivíduos[11].

Na era da Liga das Nações, há que registrar os sistemas das minorias e dos mandatos. Sob o primeiro, os habitantes das minorias de certos países europeus podiam enviar petições aos Comitês de Minorias[12] (da Liga); no sofisticado sistema da Convenção sobre a Alta-Silésia (1922-1937), podiam mesmo optar, conforme o caso, entre o Conselho da Liga, um Tribunal Arbitral ou uma Comissão Mista[13]. Sob o segundo experimento, o dos mandatos, as petições dos habitantes dos territórios sob mandato eram enviadas à Comissão Permanente dos Mandatos (da Liga), mas no mais das vezes *através* das autoridades dos Estados mandatários[14]. Tal experimento teve como sucessor, na era da ONU, o sistema de tutela, sob o qual também se reconhece o direito de petição individual[15].

11 A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* N. 8, p. 376-377; M. O. Hudson. The Central American Court of Justice. *American Journal of International Law*, 1932, p. 774-785; F.A. von der Heydte. L'individu et les tribunaux internationaux. *RCADI*, v. 107, 1962, p. 321; W. P. Gormley. *The Procedural Status of the individual before International and Supranational Tribunals*. The Hague: M. Nijhoff; 1966, p. 33-34.

12 P. de Azcárate. *League of Nations and National Minorities: an Experiment*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1945, p. 123-130; J. Stone. The Legal Nature of Minorities Petition. *British Yearbook of International Law*, 1931, p. 76-88; J. Stone. *International Guarantees of Minorities Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1932, p. 56.

13 G. Kaeckenbeeck. *The International Experiment of Upper Silesia*. Oxford: Oxford University Press, 1942, p. 359-395; M. St. Korowicz. *Une expérience en droit international: La protection des minorités de Haute--Silésie*. Paris: Pédone, 1946, p. 95-114; M. St. Korowicz. La personnalité internationale de l'individu d'après la Convention relative à la Haute-Silésie (1922-1937). *Revue internationale française du droit des gens*, 1938, p. 13-14; J. Stone. *Regional Guarantees of Minorities Rights – A Study of Minorities Procedure in Upper Silesia*. N.Y.: Macmillan, 1933, p. 202-203. Sobre os sistemas de petições das ilhas Aaland, do Sarre e de Danzig, cf. A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* N. 8, p. 385-386.

14 M. Sibert. Sur la procédure eu matière de pétitions dans les pays sous mandat et quelques-unes de ses insuffisances. *Revue générale de droit international public*, 1933, p. 257-272; Quincy Wright. *Mandates under the League of Nations*. Chicago: Chicago University Press, 1930, p. 169-172; N. Bentwich. *The Mandates System*. London: Longmans, 1930, p. 114 ss.; D. F. W. van Rees. *Les mandats internationaux – Le contrôle international de l'administration mandataire*, v. I. Paris: Rousseau & Cie., 1927, p. 99 ss.

15 Cf. Jean Beauté. *Le droit de pétition dans les territoires sous tutelle*. Paris: LGDJ, 1962, p. 1-256. Para um estudo geral, cf. H. Rolin. Le contrôle internacional des juridictions nationales. *Revue belge de droit international*, 1968, p. 182 ss. Sobre a prática das várias Comissões Mistas de Reclamações e Tribunais

Com efeito, os mecanismos de implementação dos direitos humanos sob a ONU passaram a ser variados e complexos, e o ponto de partida mais conveniente para o estudo da matéria reside na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

9.3. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e as futuras medidas de implementação

Em 1947, enquanto a antiga Comissão de Direitos Humanos da ONU preparava a Declaração Universal dos Direitos Humanos (de 1948), a Unesco realizava, a título de colaboração, um exame dos principais problemas teóricos levantados por tal Declaração. Foi circulado a alguns dos principais pensadores da época de diversos países um questionário, contendo *inter alia* questões acerca das relações entre direitos de indivíduos e de grupos em sociedades de tipos diferentes e em circunstâncias históricas distintas, assim como das relações entre liberdades individuais e responsabilidades sociais ou coletivas[16]. Algumas das respostas ao questionário merecem ser resumidas.

Enquanto Teilhard de Chardin insistia na garantia da liberdade do indivíduo perante as forças da coletividade, Aldous Huxley discorria sobre os juízos de valor na sociedade industrial e Jacques Maritain defendia o fundamento jusnaturalista dos direitos consagrados. Edward Carr advertia para a necessidade de inclusão de direitos econômicos e sociais na declaração de direitos, ao passo que Quincy Wright ressaltava não só as relações entre direitos individuais e sociais, mas também as diferenças na implementação

Arbitrais Mistos no período do entreguerras, e a posição dos indivíduos nesses experimentos, cf. A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* N. 8, p. 388-391, e referências.

16 Cf. [Vários Autores]. *Los Derechos del Hombre, Estudios y Comentarios en torno a la Nueva Declaración Universal Reunidos por la UNESCO*. México/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1949, apêndice I, p. 227-232; uma parte especial do questionário dizia respeito às bases teóricas e garantias práticas de diversos direitos enunciados.

de cada categoria de direitos. Levi Carneiro acentuava a necessidade da declaração ser acompanhada de uma convenção juridicamente obrigatória. Enquanto Haesaert ponderava que uma declaração universal deveria ser a mais limitativa possível, Harold Laski adotava posição particularmente crítica ao considerar as declarações de direitos instrumentos imprecisos ao tentarem legitimar direitos de determinadas classes sociais em determinadas épocas históricas[17].

Ao fim de reuniões celebradas em Paris, de 26 de junho a 2 de julho de 1947, a Comissão sobre Princípios Filosóficos dos Direitos Humanos, da Unesco, reuniu suas conclusões em documento intitulado "As Bases de uma Declaração Internacional de Direitos Humanos". Observou-se, de início, que uma declaração universal confrontar-se-ia com interpretações várias derivadas das distintas filosofias prevalecentes em cada época. Por exemplo, em decorrência dos movimentos religiosos e do desenvolvimento dos Estados nacionais desde a Renascença até o século XVIII, surgiu e se cristalizou uma determinada categoria de direitos, *civis e políticos*, que vieram a se incorporar nas constituições dos diversos Estados. No século XIX, em decorrência dos progressos tecnológicos e da industrialização, formaram-se os chamados direitos *econômicos e sociais*, daí advindo o problema capital da *implementação* dessas duas categorias distintas de direitos[18].

---

17 *Ibid.*, p. 97-98 (Teilhard de Chardin), 181-185 (Aldous Huxley), 15-22 e 69-74 (Jacques Maritain), 24-27 (E. Carr), 129-136 (Quincy Wright), 160-164 (Levi Carneiro), 90-96 (Haesaert), 75-87 (Harold Laski). Foram também consultados autores sobre a conceituação dos direitos humanos na União Soviética (Tchechko, p. 143-159), na China (Chung-Shu Lo, p. 169-172), na tradição hindu (Puntambekar, p. 177-180) e na tradição islâmica (Hamayun Kabir, p. 173-176).

18 A Comissão atribuiu especial importância à categoria mais recente de direitos, dependentes do "estudo da relação da propriedade e seu uso, da propriedade privada e comum, e dos direitos privados e responsabilidade pública". O documento enumera 15 direitos que, no parecer da Comissão, têm uma importância fundamental, e ressalta o caráter dinâmico das relações reciprocas entre os direitos humanos; cf. *ibid.*, apêndice II, p. 233-246.

O documento final da Comissão da Unesco data de julho de 1947, precedendo assim a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral da ONU, como se sabe, aos 10 de dezembro de 1948. Dos então 58 Estados-membros da ONU, 48 votaram a favor, nenhum contra, oito se abstiveram e dois encontravam-se ausentes na ocasião. A Declaração resultou de uma série de decisões tomadas no biênio 1947-1948, a partir da 1ª sessão regular da Comissão de Direitos Humanos da ONU em fevereiro de 1947. O plano geral era de um *International Bill of Human Rights*[19], do qual a Declaração seria apenas a primeira parte, a ser complementada por uma Convenção ou Convenções (posteriormente denominadas Pactos) e medidas de implementação. Estas últimas não constavam, pois, da Declaração Universal de 1948. Ponto importante, que vale ressaltar, é a inclusão na Declaração das duas categorias de direitos[20], os *civis e políticos* (artigos 2º-21) e os *econômicos e sociais* (artigos 22-28).

A partir de 1948, certos direitos vieram a assumir, nos dias de hoje, papel proeminente graças em grande parte à atuação e influência dos países em desenvolvimento, alguns dos quais posteriormente admitidos como membros às Nações Unidas; é o caso, por exemplo, do direito à igualdade de tratamento e proibição de discriminação (*e.g.*, racial); é inegável que a ênfase atribuída aos interesses da sociedade – em contraposição aos dos indivíduos – variam de acordo com o sistema de governo e o estágio de desenvolvimento socioeconômico dos Estados respectivos[21]. Caberia aqui uma série de indagações, da maior importância para

19 Para um estudo geral, cf. H. Lauterpacht. *International Law and Human Rights*. London: Stevens, 1950, parte III, p. 273-393.

20 Sobre tal antinomia individual *versus* social nas duas categorias de direitos incorporadas à Declaração Universal, cf., *e.g.*, *E.G.* da Mata-Machado. *Contribuição ao Personalismo Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 79, 86-88 e 93.

21 Th.C. van Boven. Some Remarks on Special Problems Relating to Human Rights in Developing Countries. *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal*, v. 3, 1970, p. 389-391.

a eventual implementação dos direitos reconhecidos, como, por exemplo, até que ponto se deveriam harmonizar certos costumes ou práticas prevalecentes em determinados países com os requisitos dos direitos humanos (*e.g.*, a compatibilidade ou não destes últimos com os sistemas de partido único existentes em tantos países em desenvolvimento); ou ainda, até que ponto se poderia manter um direito de autodeterminação e o direito de ser ajudado na luta de emancipação política (anticolonial)?[22].

A configuração de certos direitos humanos no contexto do desenvolvimento nacional pode ser ilustrada de modo marcante, conforme acentuado por Van Boven, pelo *direito à educação*. Enquanto que, por exemplo, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU adota uma fórmula *positiva*, pela qual se requer dos Estados partes medidas que assegurem a realização plena daquele direito (artigo 13), o Primeiro Protocolo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos utiliza, a seu turno, uma fórmula *negativa*, pela qual a ninguém se negará o direito à educação (artigo 2º). O abordamento europeu pressupõe que a infraestrutura necessária, isto é, "um sistema educacional aberto a todos, já esteja disponível e, com efeito, não impõe aos Estados-Membros nenhuma outra obrigação exceto a de não interferirem no direito à educação"[23]. Tal abordamento só poderia ser devidamente apreciado no contexto histórico particular dos países europeus...

Por outro lado, dificilmente se poderia negar a existência de certos direitos mínimos de aceitação universal (independentemente das estruturas sociopolítico-econômicas), como é o caso do *direito inalienável à vida*, pressuposto necessário ao gozo de todos

22 T. O. Elias. Human Rights and the Developing Countries. *Résumés des Cours de l'Institut International des Droits de l'Homme*. Strasbourg, 1977, p. 16 e 20-21 (edição mimeografada).

23 Th. C. van Boven, *op. cit. supra* N. 21, p. 387.

os demais direitos humanos[24]. A Declaração Universal de 1948, incorporada que foi em resolução do tipo declaratório da Assembleia Geral da ONU, sem pretender ter a força jurídica obrigatória de um tratado, com o tempo passava a ter um inegável impacto nas constituições, legislações e jurisprudências nacionais, assim como em tratados internacionais e demais resoluções da ONU. Tal impacto se tornou ainda mais considerável pelo lapso de tempo prolongado (18 anos) entre a adoção da Declaração e a dos dois Pactos (e Protocolo Facultativo) em 1966[25], que levou alguns intérpretes a sugerir que possivelmente alguns dos princípios da Declaração tenham hoje se tornado "obrigatórios" como parte do direito internacional consuetudinário[26].

9.4. As medidas de implementação dos Pactos de Direitos Humanos da ONU

Já nos longos *travaux préparatoires* dos Pactos de Direitos Humanos (e Protocolo Facultativo) a consideração cuidadosa das medidas de implementação se fez constantemente presente. Os trabalhos preparatórios se prolongaram de 1947 a 1966, podendo-se destacar quatro fases: na primeira, de 1947 a 1950, a antiga Comissão de Direitos Humanos da ONU trabalhou praticamente só, sem assistência direta do ECOSOC ou da Assembleia Geral da ONU. De 1950 a 1954 os três órgãos atuaram conjuntamente, dividindo-se o período em 1951 com a importante decisão da Assembleia Geral de ter dois Pactos ao invés de um. O quarto e último período se estende de 1954, data da conclusão pela Comissão do projeto dos

24 F. Przetacznik. The Right to Life as a Basic Human Rights. *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal*, v. 9, 1976, p. 589 e 603-604.

25 ONU, doc. ST/HR/2, *United Nations Action in the Field of Human Rights*. N.Y., 1974, p. 8-9.

26 Cf., *e.g.*, J. P. Humphrey, *op. cit. supra* N. 5, p. 85. Cf. também observações *in* G. Ezejiolor. *Protection of Human Rights under the Law*. London: Butterworths, 1964, p. 88-90; L. B. Sohn; The Universal Declaration of Human Rights, a Common Standard of Achievement? – The Status of the Universal Declaration in International Law. *Journal of the International Commisson of Jurists*, v. 8, 1967, p. 23-26.

dois Pactos, até 1966, data de sua adoção – em que os trabalhos foram desenvolvidos pela própria Assembleia Geral (e sua III Comissão)[27].

Já em sua segunda sessão (2-17 de dezembro de 1947), a Comissão de Direitos Humanos estabelecera grupos de trabalho, um dos quais sobre medidas de implementação, que recomendou, em meio a debates, o reconhecimento do *direito de petição individual* assim como de um mecanismo de *petições interestatais*. A Comissão favorecia a ideia (em 1950) de um órgão *permanente* para a implementação do Pacto, mas permanecia a dúvida se as medidas de implementação deveriam ser incluídas no próprio projeto do Pacto ou separadamente em um Protocolo do Pacto[28]. De início, a Assembleia Geral favorecia a inclusão no texto de um único Pacto tanto de direitos civis e políticos quanto de direitos econômicos, sociais e culturais[29], manifestando-se também a favor do direito de petição individual[30]. Nos debates de 1950 da Comissão ficou claro que se pretendia fazer do Pacto um instrumento internacional cuja implementação, a nível nacional, caberia em primeiro lugar aos próprios Estados contratantes[31] (cf. *infra*).

No ano seguinte a Comissão decidiu incluir nas medidas de implementação um *sistema de relatórios* dos Estados partes sobre o progresso obtido na observância dos direitos humanos sob o Pacto;

27 Para um estudo detalhado da matéria, cf. A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies under the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights and Its Optional Protocol. *International and Comparative Law Quartely*, v. 28, n. 4, 1979, p. 734-765.

28 H. W. Briggs. Implementation of the Proposed International Covenant on Human Rights. *American Journal of International Law*, v. 42, 1948, p. 391; A. A. Cançado Trindade. The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 25, 1976, p. 756-758 e 763; ONU, docs. E/600 (de 1948), E/1371 (de 1949), E/1681 (de 1950).

29 A. G., resolução 421 (V), de 1950.

30 Cf. *U.N. Yearbook on Human Rights*, v. 5, 1950, p. 457-458.

31 ONU, doc. E/1681, p. 2.

quanto às *petições*, sugeriu-se que fossem elas regulamentadas em Protocolo separado, de modo a permitir que os Estados que com sua inclusão porventura não concordassem, não obstante ratificassem o Pacto[32]. Nesse mesmo ano a Assembleia Geral, reconsiderando posição anterior, e atendendo a pedido do ECOSOC[33], optou pelo preparo de *dois* Pactos, um sobre direitos civis e políticos, e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais[34]. Esta decisão é hoje aclamada como refletindo o marco e a principal característica do abordamento dos direitos humanos prevalecente em meados do século XX, qual seja, "o reconhecimento indubitável do fato de que os seres humanos estão habilitados ao gozo, não apenas dos direitos civis e políticos tradicionais, mas também dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais, para a maioria das pessoas, os direitos tradicionais têm pouco sentido"[35].

Na época, a solução do projeto dos dois Pactos veio como uma conciliação – conforme apregoado por Cassin no próprio ano de 1951[36] – entre a tese de Pactos sucessivos (anteriormente endossada pela Comissão) e a de um único Pacto (a tese anterior da Assembleia Geral). Assim como o sentido atribuído às duas categorias de direitos consagrados nos dois Pactos em discussão era diferente, também se distinguiam os métodos de implementação dos dois grupos de direitos: a Comissão, colocando em prática as diretrizes recebidas da Assembleia Geral para a elaboração de dois Pactos distintos[37], concebeu, por exemplo, o processo de

32 ONU, docs. E/1992, de 1951, Annex I, p. 26-28, e E/CN.4/SR.212, p. 13.

33 *U.N. Yearbook on Human Rightsi*, v. 6, 1951, p. 526-527.

34 A.G., resolução 543 (VI), de 1951.

35 J. P. Humphrey, *op. cit. supra* N. 5, p. 101.

36 R. Cassin. La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme. *RCADI*, v. 79, 1951, p. 297-305, cf. também p. 241-362.

37 ONU, doc. E/2256, Annex I, p. 44-54.

reclamações ou *petições* como aplicável particularmente aos direitos civis e políticos, mas *não* aos direitos econômicos, sociais e culturais, porque "as obrigações com relação a esses direitos não podem ser tão precisamente definidas como no caso dos direitos civis e políticos"[38]. Os direitos econômicos, sociais e culturais eram vistos como fins ou objetivos a serem realizados "progressivamente", em período de tempo mais longo[39].

A Comissão concluiu o projeto de ambos os Pactos em 1954; as medidas de implementação incluíam o sistema de relatórios periódicos e o sistema de petições. Em louvor da Comissão, deve-se ressaltar que, apesar da diversidade de pontos de vista (não apenas em seu seio, mas também no ECOSOC e na Assembleia Geral), conseguiu ela realizar a difícil tarefa de produzir os dois Pactos em uma época caracterizada pelos conflitos ideológicos gerados pela Guerra Fria e também marcada pelo processo incipiente de descolonização, cujos impactos se podiam fazer sentir em seus trabalhos[40]; a realização da Comissão, em tal clima, não deve passar despercebida.

Nos anos subsequentes, até a adoção dos dois Pactos pela Assembleia Geral (1954 a 1966), virtualmente todo o trabalho ficou a cargo da própria Assembleia (e sua III Comissão). Em 1955 o secretário-geral da ONU preparou um histórico dos Pactos e seus problemas (liberado em 1º de julho de 1955 como documento A/2929 da ONU), em que afirmava que "existia um consenso geral no sentido de que os dispositivos do Pacto deveriam ser implementados, a nível nacional, pelos próprios Estados partes por meio de medidas legislativas, administrativas, e outras, apropria-

38 J. Simsarian. Progress in Drafting Two Covenants on Human Rights in the United Nations. *American Journal of International Law*, v. 46, 1952, p. 711.

39 *Ibid.*, p. 710-718.

40 J.-B. Marie. *La Commission des droits de l'homme de l'ONU*. Paris: Pédone, 1975, p. 168.

das. Subsistiam diferenças consideráveis de opinião acerca do estabelecimento ou não de medidas internacionais de implementação e, em caso afirmativo, dos tipos ou sistemas de implementação”[41] a serem adotados. Observe-se, a esse propósito, por exemplo, que o artigo 2º(3) do Pacto dos Direitos Civis e Políticos estipula sobre o dever dos Estados de assegurar a qualquer pessoa recursos internos eficazes e desenvolver as possibilidades de recurso judicial a ser implementado pelas autoridades competentes[42].

As medidas de implementação foram reconsideradas pela III Comissão da Assembleia Geral em 1963, sendo o texto então remetido aos Estados-membros para que se entendessem quanto aos mecanismos a serem adotados[43]. Três anos depois, já com as respostas dos governos em mãos, a III Comissão da Assembleia Geral examinou separadamente as medidas de implementação dos dois Pactos. No que tange ao Pacto de Direitos Civis e Políticos, a delegação holandesa, por exemplo, foi veemente defensora não apenas do sistema de relatórios e das reclamações interestatais como também das petições individuais[44]. Estas últimas, para o representante holandês, também se tornavam necessárias, visto que as duas primeiras técnicas de implementação não se mostravam suficientes: as reclamações estatais combinavam-se com um procedimento de conciliação facultativo, que os Estados tenderiam a utilizar somente quando seus próprios cidadãos estivessem afetados ou quando tivessem um “interesse político na matéria”; já quanto ao sistema de relatórios obrigatórios, poderia ocorrer que um Estado “relatasse sua própria situação

41 ONU, doc. A/2929, cap. II, par. 24, p. 9.

42 A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* N. 27, p. 734-765.

43 A.G., resolução 1960 (XVIII), e cf. *General Assembly Official Records*, 1963, p. 26 e 272-359.

44 ONU, documento A/C.3/L.1355, e cf. *General Assembly Official Records*, 1966, p. 217-218.

do modo mais favorável possível"[45]. Daí a importância do direito de petição individual perante um órgão internacional, ainda que reconhecido em base facultativa – e sujeita a petição a condições de admissibilidade – para que as medidas de implementação se desenvolvessem gradualmente[46].

Aos 30 de novembro de 1966 a III Comissão da Assembleia Geral ainda estava dividida entre os defensores da inclusão do direito de petição em uma cláusula facultativa, ou em um protocolo separado, vencendo esta última corrente por 41 votos a 39, com 16 abstenções[47]. O projeto do Protocolo foi apresentado à III Comissão, no dia 1º de dezembro pelo representante nigeriano, ao passo que no dia 7 de dezembro foram adotados ambos os Pactos e o Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos[48] (III Comissão, 1451ª sessão). Enfim, aos 16 de dezembro de 1966, a Assembleia Geral adotou e abriu à assinatura, ratificação e acessão, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (por 105 votos a zero), o Pacto de Direitos Civis e Políticos (por 106 votos a zero) e o Protocolo Facultativo desse último (por 66 votos a dois, com 38 abstenções)[49].

O quadro geral de implementação finalmente adotado em 1966 compreendia três medidas principais: o sistema de relatórios, comum a ambos os Pactos; o sistema de reclamações interestatais,

---

45 *General Assembly Official Records*, 1966, p. 360-361, e cf., acerca do direito de petição individual, Egon Schwelb. Civil and Political Rights: the International Measures of Implementation. *American Journal of International Law*, v. 62, 1968, p. 863-864, e, no contexto europeu, K. Vasak. Le problème des « pétitions » individuelles relatives aux droits de l'homme. In : *La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen* (1960 Strasbourg Colloquium). Paris: Dalloz, 1961, p. 261-278.

46 *General Assembly Official Records*, 1966, p. 361.

47 *Ibid.*, p. 377 e 379. Já o representante canadense, por exemplo, sugeria que fizesse o dispositivo sobre petições individuais parte integrante do próprio Pacto; cf. *ibid.*, p. 371-372.

48 Os Pactos foram adotados por unanimidade, e o Protocolo Facultativo por 59 votos a dois, com 32 abstenções; cf. *ibid.*, p. 382-385, 413-414 e 449-450.

49 A.G., resolução 2200 A (XXI), in: ONU, documento A/6546, p. 67.

encontrado no Pacto de Direitos Civis e Políticos, sendo o órgão internacional em questão – o Comitê estabelecido pelo Pacto – dotado de competência facultativa para receber, e examinar tais reclamações; e o sistema de petições individuais ao Comitê, incluído no Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos. O Comitê foi concebido e tem atuado mais como um órgão de bons ofícios do que estritamente judicial[50].

Valeria aqui insistir em um aspecto importante: desde o projeto do Pacto de 1949 da Comissão de Direitos Humanos, os redatores do Pacto acentuaram o dever dos Estados de fornecer recursos internos eficazes e desenvolver as possibilidades de recurso judicial[51] – artigo 2º(3) do Pacto de Direitos Civis e Políticos – medida esta que pode vir a favorecer o aprimoramento dos *standards* na administração de justiça a nível nacional[52] (cf. *infra*).

O Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais entrou em-vigor em 3 de janeiro de 1976, e o de Direitos Civis e Políticos (e Protocolo Facultativo) aos 23 de março de 1976[53] (35 ratificações necessárias para cada Pacto, e 10 para o Protocolo). Em seu

50 ONU, doc. A/5411, par. 64, p. 9; A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* N. 27, p. 734-765.

51 J. M. Glenn. *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention européenne des droits de l'homme: une étude comparative* (thèse), v. II. Université de Strasbourg, 1973, p. 369--378 e 383-386; A. H. Robertson. The United Nations Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights. *British Year Book of International Law*, v. 43, 1968-1969, p. 41-48; F. Capotorti. The International Measures of Implementation Included in the Covenants on Human Rights. In: A. Eide; A. Schou (ed.). *International Protection of Human Rights – Proceedings of the Seventh Nobel Symposium* (Oslo 1967). Estocolmo: Almqvist & Wiksell, 1958, p. 131-148; Egon Schwelb. The Nature of the Obligations of the States Parties to the International Covenant on Civil and Political Rights. *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, v. I. Paris: Pédone, 1969, p. 301-324; F. C. Newman. Natural Justice, Due Process and the New International Covenants on Human Rights: Prospectus. *Public Law*, Londres, 1967, p. 274-313.

52 A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts. *Archiv des Völkerrechts*, v. 17, 1977-1978, p. 333-370.

53 Cf. *U.N. Monthly Chronicle*, v. 13, n. 4, 1976, p. 50-52; nota *in Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal*, v. 9, 1976, p. 161-190; Egon Schwelb. Entry into Force of the International Covenants on Human Rights and the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights. *American Journal of International Law*, v. 70, 1976, p. 511-519.

primeiro biênio de atuação (1977-1978), o Comitê de Direitos Humanos sob o Pacto de Direitos Civis e Políticos e Protocolo Facultativo realizou cinco sessões – duas em 1977 e três em 1978; na primeira sessão adotou seu regulamento interno. Ao final de 1978, de quarenta petições encaminhadas ao Comitê, sete haviam sido declaradas admissíveis sob o Protocolo Facultativo, e 25 permaneciam diante do Comitê na pendência de uma decisão final quanto a sua admissibilidade[54]. Exceto o material divulgado no *Relatório* do Comitê, suas decisões vieram a ser confidenciais. A implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, a seu turno, pode melhor ser apreciada também à luz da atuação conjunta das agências especializadas da ONU em suas respectivas esferas de competência (cf. *infra*).

Há cinco décadas atrás, um especialista nos Pactos de Direitos Humanos da ONU observava pertinentemente que "no atual estágio do desenvolvimento do direito e relações internacionais, os dispositivos processuais, as medidas de implementação e o mecanismo internacional são de maior importância e maior interesse do que a reasserção dos *standards* internacionais sobre direitos humanos em forma de tratado"[55]. Percorrendo a história da atuação das Nações Unidas no campo da proteção internacional

54 ONU, doc. A/32/44, *Report of the Human Rights Committee*, 1977, p. 3; e cf. p. 17-36 para a consideração dos relatórios dos Estados; ONU, doc. A/33/40, *Report of the Human Rights Committee*, 1978, p. 1, e cf. p. 8-97 para a consideração dos relatórios dos Estados (sob o artigo 40º do Pacto). Para um estudo a respeito, cf. A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* N. 27, p. 734-765.

55 E. Schwelb. Some Aspects of the International Covenants on Human Rights of December 1966. In: A. Eide; A. Schou (eds.). *International Protection of Human Rights – Proceedings of the Seventh Nobel Symposium* (Oslo, 1967). Estocolmo: Almqvist & Wiksell, 1968, p. 122-123. Para o ponto de vista de que o respeito aos direitos humanos "depende até certo ponto do desenvolvimento do direto internacional e das relações internacionais", cf. H. Lannung. Quelques observations sur le problème de mise en oeuvre des droits de l'homme. In: *La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen* (1960 Strasbourg Colloquium). Paris: Dalloz, 1961, p. 237. E cf., recentemente, a conferência que ministramos na sede das Nações Unidas em Genebra por ocasião da comemoração da centésima sessão do Comitê de Direitos Humanos da ONU: A. A. Cançado Trindade. Address to the U.N. Human Rights Committee on the Occasion of the Commemoration of Its 100th Session. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 29, 2011, p. 131-137.

dos direitos humanos, gradualmente se passou da fase "legislativa" das décadas anteriores de redação dos instrumentos internacionais à fase corrente de implementação daqueles mesmos instrumentos (cf. *infra*).

9.5. A implementação da Convenção da ONU sobre a Eliminação da Discriminação Racial

Os trabalhos preparatórios da Convenção Internacional (da ONU) sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (iniciados em 1963-1964) beneficiaram-se do fato de terem seus redatores encontrado inspiração e base para os trabalhos no longo processo de redação dos Pactos de Direitos Humanos da ONU (*supra*) e dos *travaux préparatoires* da Convenção Europeia de Direitos Humanos (*infra*). Já em 1964, nos debates da antiga Comissão de Direitos Humanos, se considerava a inclusão de um dispositivo acerca da *obrigação* dos Estados partes de fornecer recursos internos eficazes[56].

Nos debates de 1965 da III Comissão da Assembleia Geral da ONU sobre as medidas de implementação da Convenção, ficou assentada a criação de um Comitê pela Convenção, que ouvisse reclamações não apenas interestatais, mas também – facultativamente – movidas por indivíduos[57]. A criação de tal órgão contou com o apoio, *e.g.*, da delegação da Nigéria, enquanto o representante francês ressaltava que o mecanismo internacional de aplicação da Convenção não poderia depender exclusivamente das medidas nacionais de implementação[58]. Discutiu-se com certa cautela

56 E. Schwelb. The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 15, 1966, p. 1028; A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies under the United Nations International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. *German Yearbook of International Law*, v. 22, 1979, p. 374-383.

57 CF. debates *in General Assembly Official Records*, 1965, p. 107, 314 ss., e 323-324.

58 *Ibid.*, p. 329-330 e 324.

a adoção do direito de petição individual[59], cogitando-se mesmo do estabelecimento de comitês nacionais para receber e selecionar tais petições antes de chegarem estas ao Comitê a ser criado pela Convenção[60].

A sugestão do estabelecimento de comitês nacionais partira da delegação de Gana, que pretendia que tais comitês viessem a operar em combinação com os Estados para pôr fim às violações da Convenção[61]. Tanto esta ideia quanto a do direito de petição individual haviam sido propostas em base facultativa; não menos de 19 delegações expuseram seus pontos de vista, culminando com a inclusão do direito de petição individual no artigo 14 da Convenção, adotada aos 21 de dezembro de 1965[62], aberta à assinatura em 7 de março de 1966, e tendo entrado em vigor – conforme seu artigo 19º – aos 4 de janeiro de 1969[63].

O Comitê estabelecido pela Comissão – o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD) – passou a considerar *relatórios* dos Estados acerca das medidas tomadas para implementar os dispositivos da Convenção[64]. Que esta última foi concebida em termos de *obrigações dos Estados* de erradicar a discriminação racial[65] transparece, por exemplo, do artigo 6º da Convenção, estipu-

59 Cf. *ibid.*, p. 325 e 330.

60 Cf. *ibid.*, p. 323-324, 331-332, 335, 338, 341 e 349.

61 *Ibid.*, p. 381.

62 A. G., resolução 2106 A (XX), de 1965. Dentre os defensores do direito de petição individual nos debates da Terceira Comissão da Assembleia Geral, os representantes da Holanda (*G.A.O.R.* (1965), p. 384) e da Argentina (*ibid.*, p. 385), com o primeiro observando que as reclamações interestatais não eram uma salvaguarda suficiente dos direitos humanos (*ibid.*, p. 384).

63 No trigésimo dia após a 27ª ratificação.

64 Sobre o sistema de relatórios da Convenção, cf., *e.g.*, K. Das. Measures of Implementation of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination with Special Reference to the Provisions Concerning Reports from States Parties to the Convention. *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal*, v. 4, 1971, p. 213-262.

65 Cf. artigos 2º e 4º da Convenção.

lando o dever dos Estados de assegurar a qualquer pessoa sob sua jurisdição recursos eficazes. O CERD passou também a examinar reclamações interestatais[66]. A cláusula sobre petições individuais (artigo 14 da Convenção) foi adotada como sendo *facultativa* aos Estados partes[67], já o artigo 11 sobre as reclamações interestatais faz parte integrante da própria Convenção, a contrário do que ocorre com o Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU, em que o dispositivo correspondente – artigo 41 – é facultativo.

Quanto às demais petições mencionadas no artigo 15 da Convenção, são basicamente as petições dos habitantes de territórios sob tutela e sem governo próprio (sob o sistema de tutela da ONU): cópias de tais petições contendo questões de discriminação racial cobertas pela presente Convenção são enviadas ao CERD[68]. Os objetivos da Convenção transcendem a solução tão só de casos puramente individuais, pois as práticas de discriminação racial que pretende erradicar podem não raro refletir situações (políticas) mais ou menos generalizadas afetando um segmento minoritário (nos casos mais graves mesmo majoritário) da população de um país ou região. O mecanismo de petições individuais sob a Convenção passou a enfrentar problemas como o da discriminação *de jure*, quando os tribunais de um país não assumissem competência para revisar a legislação nacional em questão[69].

A Convenção incorpora deveres não apenas de caráter negativo – o dever de não engajar ou apoiar práticas de discriminação

66 Artigo 11 da Convenção.

67 Os reclamantes devem reivindicar serem *vítimas* de uma violação por um Estado parte – que tenha reconhecido o direito de petição individual – de algum dos direitos assegurados na Convenção.

68 Cf. dados subsequentes *in* ONU, doc. A/33/18, suppl. n. 18. *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, 1978, p. 77-84; e, quanto aos relatórios, cf. p. 1-121, esp. p. 16-76 e 91.

69 P. Schaffer; D. Weissbrodt. Exhaustion of Remedies in the Context of the Racial Discrimination Convention. *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journali*, v. 2, 1969, p. 644-645.

racial – como também de caráter positivo, a saber: o dever de todos os Estados partes de tomarem medidas eficazes para revisar políticas governamentais, nacionais e locais, e emendar, rescindir ou anular quaisquer leis e regulamentos resultando no fomento e perpetuação da discriminação racial; o dever de todos os Estados partes de proibir e pôr fim a quaisquer práticas de discriminação racial por todas as medidas apropriadas, incluindo legislação se necessário; o dever dos Estados partes de declarar ilegais e puníveis por lei as atos de disseminação e incitação à discriminação racial[70]. É claro, pois, que a Convenção ultrapassa os confins da solução de casos individuais isolados, visando em última análise o aperfeiçoamento do sistema jurídico interno de proteção judicial contra a discriminação racial, e o ajuste e aprimoramento de políticas nacionais e locais a fim de erradicar práticas de discriminação racial[71].

9.6. O sistema de resolução 1503 do ECOSOC

Desde que a antiga Comissão de Direitos Humanos da ONU passou a funcionar há sete décadas, passou a receber milhares de petições anualmente, enumeradas em listas confidenciais. Originalmente, em 1947, ficara decidido, no entanto, que a Comissão não estaria habilitada a tomar quaisquer medidas práticas em relação a essas petições[72]. Como ainda não havia na ONU um mecanismo para remediar as violações de direitos humanos alegadas em tais petições, ficou claro na época que a função da Comissão seria antes a de estabelecer certos *standards*[73]. O assunto veio novamente à baila em 1958-1959, quando de novo se reconheceu a impos-

70 Cl. artigos 2º(e) e (d), e 4º, da Convenção, texto *in* ONU, doc. ST/HR/I/Rev. 1. *Human Rights – A Compilation of International Instruments of the United Nations*, 1978, p. 25-26.

71 Cf. observações *in* A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* N. 56, p. 374-383.

72 ECOSOC, resolução 75 (V) de 5 de agosto de 1947.

73 J. Th. Möller. *Petitioning the Commission on Human Rights*. ONU – Genebra, 1979, p. 2-3 (não publicado, circulação interna apenas).

sibilidade da Comissão, na ausência de mandato específico nesse sentido, tomar qualquer linha de ação sobre a matéria[74]. Em 1967, no entanto, a situação modificou-se: a pedido da própria Comissão[75] o ECOSOC concordou em atribuir-lhe autoridade para adotar medidas acerca das alegações de violações de direitos humanos[76]. Depois de vinte anos de atividades, a Comissão finalmente lograra obter as condições necessárias ao estabelecimento de mecanismo para a proteção efetiva dos direitos humanos[77].

O processo culminou com a adoção, em 27 de maio de 1970, pelo ECOSOC, da celebrada resolução 1503 (XLVIII), acerca do procedimento para lidar com petições relativas a violações de direitos humanos, complementada pelos dispositivos detalhados da resolução 1 (XXIV) de 13 de agosto de 1971 da então Subcomissão sobre Prevenção da Discriminação e Proteção de Minorias[78], da ONU. É fundamental observar que, nesse sistema de proteção, as petições devem necessariamente dizer respeito a "determinadas situações que pareçam revelar um padrão consistente de violações flagrantes de direitos humanos, seguramente comprovadas"[79].

74 ECOSOC, resolução 728 F (XXVIII) de 30 de julho de 1959.

75 Por sua resolução 8 (XXIII) de 1967.

76 ECOSOC, resolução 1235 (XLII) de 6 de junho de 1967.

77 J.-B. Marie, *op. cit. supra* N. 40, p. 258-261; J. Th. Möller, *op. cit. supra* N. 75, p. 10.

78 Cf., a respeito, A. Cassese. The Admissibility of Communications to the United Nations on Human Rights Violations. *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal*, v. 5, 1972, p. 375-393; K. Vasak, *op. cit. supra* N. 45, p. 2611278: D. Ruzie. Du droit de pétition individuelle en matière de droits de l'homme: à propos de la résolution 1503 (XLVIII) du Conseil Économique et Social des Nations Unies. *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal*, v. 4, 1971, p. 89-101; A. R. Wilkoc. Procedures to Deal with Individual Communications to International Bodies: the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 1, 1968, p. 277-301; M. H. Guggenheim. Key Provisions of the New United Nations Rules Dealing with Human Rights Petitions. *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 6, 1973, p. 427-446.

79 Parágrafo 5º da resolução 1503 (XLVIII) do ECOSOC, parágrafo 1º da resolução 1 (XXIV) da Subcomissão.

As petições, que deviam preencher certos requisitos de admissibilidade[80], passaram a ser inicialmente selecionadas por um Grupo de Trabalho sobre Petições, e então encaminhadas à Subcomissão de Prevenção da Discriminação e Proteção de Minorias para a determinação de situações; somente então eram enviadas à Comissão de Direitos Humanos, que procedia a *estudos* ou a *investigações*.

Na prática, os Estados em questão eram informados de decisões tomadas pela Comissão e muitas vezes é-lhes solicitado o envio de observações escritas e documentos relevantes ao processo. A partir de 1978 a Comissão endossou a prática de convidar representantes dos Estados interessados a depor perante si[81]. O mecanismo de proteção aqui revisto, conhecido nos círculos internacionais como o *sistema da resolução* 1503, passou a produzir resultados em 1974[82]. No entanto, em virtude do parágrafo 8 da resolução 1503 (XLVIII) do ECOSOC, as medidas de implementação tomadas permaneciam confidenciais. Cabe novamente ressaltar que, sob o sistema dessa resolução, não se tratava de remediar violações individuais de direitos humanos, uma vez que a implementação era dirigida a *situações prevalecentes* (afetando grupos de indivíduos); sua significação e seu impacto passaram a revestir-se da maior importância, por *independer* da aceitação prévia pelos Estados-membros da ONU. Assim se tornou possível que a validade desse experimento continue a ser reconhecida, a par de experiências paralelas no direito internacional convencional (dependentes de ratificação por parte dos Estados), e mesmo por visar os

80 Enunciados nas duas resoluções supracitadas.

81 Por sua decisão 5 (XXXIV) de 1978, podendo estar presente o *chairman-rapporteur* do Grupo de Trabalho sobre Petições (decisão 3 (XXXIV)).

82 Quando a Comissão, em cinco reuniões, examinou os primeiros dados a ela enviados: seguiram-se sete reuniões em 1975, quatro em 1976, onze em 1977 e oito em 1978; J. Th. Möller, *op. cit. supra* N. 73, p. 21.

casos mais graves e urgentes de padrões consistentes de violações flagrantes de direitos humanos.

9.7. A atuação das agências especializadas da ONU

Bem antes da redação dos Pactos de Direitos Humanos da ONU certos direitos de conteúdo econômico-social eram consagrados e salvaguardados pela atuação de agências especializadas da ONU, como, por exemplo, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) que, desde sua criação em 1919 até janeiro de 1974 contribuíra para que se registrassem, no tocante aos direitos relativos ao regime e condições de trabalho, aproximadamente 140 convenções e 140 recomendações adotadas, além de 4 mil ratificações de convenções[83]. Com efeito, a função das agências especializadas (como a OIT, Unesco, OMS e FAO) na garantia da observância de diversos direitos econômicos, sociais e culturais, e alguns direitos civis e políticos, passou a ser reconhecida em ambos os Pactos de Direitos Humanos da ONU[84] (artigos 16-24 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e artigos 46 e 22 do Pacto de Direitos Civis e Políticos).

Duas medidas de implementação amplamente utilizadas pelas agências especializadas da ONU têm sido o sistema de *relatórios* e o de *petições* ou *reclamações*. Quanto ao primeiro, é de se ressaltar que há relatórios de Estados-membros a determinados órgãos internacionais assim como relatórios preparados pelos próprios órgãos internacionais. No sistema da OIT, por exemplo, ao ratificar uma convenção cada Estado-membro compromete-se

83 C. Rossillion. International Promotion and Protection of Human Rights by the Specialized Agencies of the United Nations. *Résumés des Cours de l'Institut international des Droits de l'Homme*. Strasbourg, 1974, p. 4-A (edição mimeografada); cf. também B. M. Jankovic. The International Protection of Human Rights within the United Nations and Specialized Agencies. *Selected Readings on the International and Comparative Law of Human Rights*. Strasbourg, IIDH, 1974, p. 1-9 (edição mimeografada).

84 ONU, doc. A/5411, *Explanatory Paper on Measures of Implementation Prepared by the Secretary-General*, 1963, pars. 28-29, p. 5.

a encaminhar um relatório anual aos órgãos apropriados da OIT indicando as medidas tomadas a nível nacional para implementar a convenção em determinadas questões (*e.g.*, modificação de legislação, adoção de regulamentos, interpretação uniforme da convenção). Há também relatórios sobre as medidas tomadas pelo Estado-membro para eventualmente ratificar uma convenção. A Conferência da OIT passou a considerar a matéria mediante estudo dos relatórios pelo Comitê de Experts sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações (de caráter judicial) e por um Comitê tripartite (composto de representantes de governos, trabalhadores e empregadores)[85].

A Organização Mundial da Saúde (OMS), desde 1956, passou a requerer relatórios anuais de cada Estado-membro, que formam a base dos relatórios quadrienais de seu diretor-geral acerca das medidas tomadas quanto a convenções e recomendações da OMS para o aprimoramento da saúde pública a nível mundial; o mesmo veio a ocorrer com a FAO (Food and Agricultural Organization), que passou a requerer dos Estados-membros e associados relatórios periódicos sobre as medidas tomadas com base nas recomendações e convenções apresentadas pela Conferência da FAO[86].

Já a UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) passou a comportar duas modalidades de relatórios: os relatórios periódicos enviados pelos Estados-membros ao diretor-geral da UNESCO, a cada dois anos, indicando os programas de ação na área da educação, ciência e cultura, efetuados durante o biênio; e os relatórios periódicos especiais

85 ONU, doc. A/C.3/L.1015, *Existing Procedures for Periodic Reporting to Specialized Agencies – Note by the Secretary-General*, 1962, pars. 2-8, p. 2; L. B. Sohn. Procedures Developed by International Organizations for Checking Compliance. In: Schwebel (ed.). *The Effectiveness of International Decisions*. Leyden: Sijthoff/Oceana, 1971, p. 51-56; C. Rossillion, *op. cit. supra* N. 85, p. 15-A; F. Wolf. Judicial Aspects of the Protection of Human Rights by the I.L.O. *Selected Readings on the International and Comparative Law of Human Rights*, Strasbourg, IIDH, 1974, p. 1-3 (edição mimeografada).

86 L. B. Sohn, *op. cit. supra* N. 87, p. 5-56; ONU, doc. A/C.3/L. 1015, *cit. supra* N. 87, pars. 9-15, p. 2-3 e 6.

sobre as convenções e recomendações adotados pela Conferência Geral da Unesco e outros instrumentos adotados sob os auspícios da UNESCO (*e.g.*, os adotados por conferências diplomáticas especiais)[87]. Na própria ONU passou a vigorar o sistema de relatórios periódicos em áreas distintas, desde as consideradas mais "politizadas", como, *e.g.*, a de territórios sob tutela e territórios sem governo próprio, até as mais "técnicas" e especializadas, como, *e.g.*, a do controle internacional de narcóticos[88].

Quanto à segunda medida geral de implementação, a de petições ou reclamações, passou a ser utilizada não só pela própria ONU (*e.g.*, sistema de tutela[89], Comitê de Descolonização[90], e, desde 1963, Comitê Especial sobre o Apartheid[91], como também por suas agências especializadas, como exemplificado principalmente pela OIT. Nesta última, as reclamações podiam ser de tipos distintos: haviam, inicialmente, as *reclamações intergovernamentais* perante uma Comissão de Inquérito (operando em base judicial) acerca da

87 ONU, doc. A/C.3/L.1015, pars. 16-43, p. 3-6. Na UNESCO, o Comitê sobre Convenções e Recomendações na Área da Educação examina relatórios, particularmente no que tange aos instrumentos relativos à eliminação de discriminação na educação; para alguns outros instrumentos há comitês especiais de experts; C. Rossillion, *op. cit. supra* N. 85, p. 15-A e 16-A.

88 Cf., quanto a este último: ONU, doc. E/INCB/37. *Rapport de l'Organe international de contrôle des stupéfiants pour 1977*, p. 1-27; e, sobre o controle ou supervisão da aplicação das convenções na área, *cf., e.g.*, B. A. Renborg. Principles of International Control of Narcotic Drugs. *American Journal of International Law*, v. 37, 1943, p. 448-459.

89 Cf. *supra*, parte II do presente capítulo e referências *in* N. 15, *supra*.

90 Cf. F. Martine. Le Comité de Décolonisation et le droit international. *Revue générale de droit international public*, v. 74, 1970, p. 387-389; J. Sette Câmara. O Fim do Colonialismo. *Tempo Brasileiro*, v. 38-39, 1974, p. 10-12; A. Khol. The Committee of Twenty-Four and the Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples. *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal*, v. 3, 1970, p. 21-50.

91 L. B. Sohn, *op. cit. supra* N. 87, p. 51-56; no Conselho de Tutela e Comitê de Descolonização tem ocorrido o exame de petições propriamente ditas, e no Comitê Especial sobre o Apartheid o exame de memorandos e informações. Sobre a Convenção Internacional sobre a Supressão e Punição do Crime de *Apartheid*, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1973 e tendo entrado em vigor aos 18 de julho de 1976, cf. dados *in International Legal Materials*, v. 18, (1979), p. 289.

aplicação das convenções ratificadas[92]. Paralelamente, haviam as *reclamações não governamentais* na estrutura tripartite da OIT: são as chamadas "representações"[93], encaminhadas à OIT por qualquer associação ("industrial") de trabalhadores ou empregadores acerca de convenções ratificadas[94]. Havia ainda um procedimento especial relativo aos direitos sindicais[95] (cf. *infra*).

O sistema de reclamações veio a ser igualmente utilizado pela UNESCO. Recorde-se que, em sua 104ª sessão, de 24 de abril a 9 de junho de 1978, em Paris, decidiu ela que a Comissão sobre Convenções e Recomendações na Área da Educação incluíra entre suas funções a de examinar reclamações recebidas pela UNESCO – e sujeitas a certas condições de admissibilidade – relativas a "casos e questões de violações de direitos humanos dentro das áreas de competência da UNESCO"[96]. As reclamações recebidas pela UNESCO seriam encaminhadas pelo diretor-geral àquela Comissão.

92 Artigo 26º da Constituição da OIT, e cf. artigos 27º-29º e 31º-34º, texto *in Constitution de l'Organisation Internationale du Travail et Règlement de la Conférence Internationale du Travail*. Genève: OIT, 1973, p. 18. Este procedimento tem sido utilizado principalmente em casos de trabalho forçado (*e.g.*, reclamação de Gana contra Portugal em 1961-1962, e de Portugal contra a Libéria em 1962-1963); cf. C. Rossillion, *op. cit. supra* N. 85, p. 16-A. Um terceiro caso, concernente à Grécia, passou a ser examinado em 1974; cf. F. Wolf, *op. cit. supra* N. 85, p. 4-5.

93 Artigo 24º, e cf. artigo 25º, *in Constitution de l'OIT...*, *op. cit. supra* N. 94, p. 18. Até 1974, dez "representações" haviam sido examinadas; F. Wolf, *op. cit. supra* N. 85, p. 4.

94 As "representações" são encaminhadas pelo Conselho de Administração ao Estado em questão. Sobre as razões da não observância das convenções ratificadas (problemas jurídicos e dificuldades práticas), cf. E. A. Landy. *The Effectiveness of International Supervision Thirty Years of I.L.O. Experience*. London: Stevens/Oceana, 1966, p. 79-150.

95 Tal procedimento, existente desde 1950, está aberto a qualquer organização de trabalhadores ou empregadores (e mesmo a governos), sendo as reclamações examinadas pela Comissão de Liberdade de Associação (da Junta Governamental) e eventualmente por uma comissão de inquérito e conciliação (independendo das ratificações de convenções sobre liberdade de associação). Até 1974 a Comissão havia lidado com mais de 750 casos; C. Rossillion, *op. cit. supra* N. 85, p. 17-A. Quanto ao procedimento das petições relativas a violações da liberdade de associação, cf. C. A. Norgaard. *The Position of the Individual in International Law*. Copenhagen: Munksgaard, 1962, p. 148-156; C. W. Jenks. The International Protection of Trade Union Rights. In: E. Luard (ed.). *The International Protection of Human* Rights. London: Thames & Hudson, 1967, p. 210-247.

96 UNESCO, doc. 104 EX/Decisão 3.3., 1978, p. 1-4.

Não há que passar despercebido que a implementação dos direitos humanos pelas agências especializadas da ONU pode se efetuar por métodos outros que os de relatórios e reclamações. No âmbito da Unesco, por exemplo, o Protocolo de 1962 da Convenção contra a Discriminação na Educação estabelece uma comissão de *conciliação* e *bons ofícios*[97]. Tem-se por vezes adotado o sistema de *inquéritos* ou *investigações ad hoc*[98] (visando *fact-finding*) para avaliar a situação em vários países à luz dos *standards* da OIT[99]. Finalmente, o método de *negociações* passou a ser amplamente utilizado, em diversos níveis, pelos procedimentos de supervisão da OIT[100], assim como dentro da própria ONU, por algumas das seções e unidades de sua Divisão de Direitos Humanos. Outra modalidade de ação é efetuada por *grupos de trabalho e grupos de estudo*[101] acerca de determinadas situações relativas à proteção de direitos humanos.

A atuação das agências especializadas da ONU, como a OIT e a Unesco, tornou-se particularmente importante para a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que admitem diversas modalidades de aplicação[102]. Jenks chegou mesmo a su-

97 C. Rossilion, *op. cit. supra*, N. 83, p. 16-A.

98 Cf., *e.g.*, J. Carey. *U.N. Protection of Civil and Political* Rights. N.Y.: Syracuse University Press, 1970, p. 84--126.

99 N. Valticos. The Standards of the International Labour Organisation Relating to the Protection of Human Rights. In: *Selected Readings on the International and Comparative Law of Human Rights*. Strasbourg: IIDH, 1974, p. 6 (edição mimeografada). E. cf. C. W. Jenks. *Social Justice in the Law of Nations – The ILO Impact after Fifty Years*. Oxford: Oxford University Press, 1970, p. 45-67. Cf. também N. Bar-Yaacov. *The Handling of International Disputes by Means of Inquiry*. Oxford: Oxford University Press, 1974, p. 273-321.

100 Th. St. G. Bissell. Negotiation by International Bodies and the Protection of Human Rights. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 7, (1968), p. 90-134.

101 Cf. Th. C. van Boven. The United Nations Commission on Human Rights and Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms. *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, v. 15, 1968, p. 383-390.

102 C. W. Jenks, *op. cit. supra* N. 99, p. 71-77.

gerir que o complexo de procedimentos da OIT, por exemplo, veio a tornar-se na prática o mecanismo de execução de determinados dispositivos do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU[103]. Com efeito, se tomarmos, como exemplo, o *direito de liberdade de associação*, constatamos que desde o início da década de cinquenta vinha ele sendo objeto de implementação dentro da OIT.

Quando, em 1950 e 1951, foram criados naquela agência especializada, respectivamente, uma Comissão de *Fact-Finding* e Conciliação, e um Comitê sobre Liberdade de Associação, pretendia-se fazer do Comitê o órgão de exame preliminar de reclamações a serem posteriormente relatadas à Comissão. No entanto, na prática, isto só ocorreu duas vezes até 1968, e em apenas uma ocasião realizou a Comissão uma investigação completa sobre o caso. Desse modo, o Comitê sobre Liberdade de Associação foi assumindo importância cada vez maior como órgão de atuação nos casos de alegação de violações de direitos sindicais; a partir de 1953 passou o Comitê a comunicar seus pareceres aos Estados em questão, deles requerendo respostas e ação apropriada, tornando-se esse processo o mais importante método de implementação do direito fundamental de liberdade de associação, em particular[104].

Seria pertinente acrescentarmos, quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, que o próprio Pacto da ONU sobre estes últimos sugeriu um paralelo com a implementação de direitos humanos pela OIT ao dispor que a ação internacional para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais reconhecidos deve incluir *inter alia* a conclusão de convenções e adoção de recomen-

---

103 *Ibid.*, p. 79.

104 Th. St. Bissell, *op. cit. supra* N. 100, p. 90-134, esp. p. 104; o Comitê em composição tripartite, com nove representantes (três dos governos, três de trabalhadores e três de empregadores); de 1951 a 1968, havia examinado mais de 500 reclamações particulares e persuadido governos a implementar direitos sindicais básicos; *ibid.*, p. 90-134.

dações (artigo 23)[105]. Assim, tanto o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais como diversas convenções da OIT admitiram distintas possibilidades de implementação, além de lidarem – cada uma dessas convenções – com assuntos claramente definidos em relação aos quais se ampliava gradualmente uma série de obrigações[106]. Também há que se mencionar, enfim, a proteção estendida a uma determinada categoria de indivíduos: os funcionários das organizações internacionais. Os principais órgãos que têm atuado nessa área são os tribunais administrativos da ONU (hoje reestruturado) e da OIT, cuja jurisprudência examinamos detalhadamente em outro estudo[107].

9.8. A proteção internacional dos refugiados em seus aspectos jurídicos

Os primeiros acordos, convenções e providências relativos à proteção jurídica dos refugiados no plano internacional foram revistos, consolidados e substituídos pela Convenção de Genebra relativa ao *Status* dos Refugiados de 1951[108] e seu Protocolo de 1967[109], seguidos posteriormente pela Convenção da OUA de

105 OIT, doc. GB.174/21/7. *Report of the Director-General: Comparative Analysis of the International Covenants on Human Rights and International Labour Conventions and Recommendations*. Genebra, 1969, p. 45 e 65, pars. 100 e 154. Duas das principais áreas de aplicação dos *standards* da OIT têm sido a da proibição do trabalho forçado e a da liberdade de associação; cf. *ibid.*, p. 46, § 103.

106 *Ibid.*, p. 62, § 151.

107 A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies and the Law of International Organizations. *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, v. 57, 1979, p. 81-123, e referências e bibliografia.

108 F. E. Krenz. The Refugee as a Subject of International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 15, 1966, p. 99; e cf. P. Weis. Legal Aspects of the Convention of 25 July 1951 Relating to the Status of Refugees. *British Year Book of International Law*, v. 30, 1953, p. 478-489.

109 Texto *in Collection of International Conventions Agreements and Other Texts Concerning Refugees*. Genebra: ed. Office of the U.N. High Commissioner for Refugees, 1971, p. 28-59. Sobre a Convenção de 1954 Relativa ao Status dos Apátridas, cf. observações de P. Weis. The Convention Relating to the Status of Stateless Persons. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 10, 1961, p. 263-264 (sobre as categorias propostas de pessoas desprotegidas no direito internacional). Quanto ao processo para

1969 Regendo Aspectos Específicos de Problemas de Refugiados na África[110]. Com efeito, desde que o conceito de "proteção internacional" dos refugiados tomou corpo, timidamente, após a I Guerra Mundial[111], desenvolvendo-se até os nossos dias, todo o trabalho nessa área vem sendo efetuado por órgãos internacionais em cooperação com os Estados, contribuindo para mitigar e diminuir as incapacidades dos refugiados, de modo a não deixá-los como pessoas desprotegidas; dificuldades legais criadas pela ausência de nacionalidade ou de proteção (pelo governo do Estado de nacionalidade) têm às vezes resultado em incapacidades sérias dos refugiados e mesmo "discriminação não intencional", isto é, "discriminação pela operação normal dos dispositivos legais"[112].

Desde a Convenção de Genebra de 1951, a definição geral de refugiado tem evoluído e se expandido, da concepção individualista inicial (o refugiado como vítima pessoal de perseguição) à noção mais ampliada e recente compreendendo não apenas os que se conformam à definição convencional *de* "refugiado", mas também os que se encontram em situações análogas às dos refugiados (*e.g.*, "vítimas de eventos ocasionados pelo homem" sobre os quais não têm controle, e sofrendo "privação resultando de transtorno súbito e separação de seus lares")[113]. Subjacente a esta evolução encontra-se o reconhecimento da necessidade de se estender assistência

---

a determinação da qualidade de refugiado, cf., *e.g.*, P. Weis. The Concept of Refugee in International Law/Le concept de refugié en droit international. *Journal du Droit International* (Clunet), v. 87, 1960, p. 928-1.001.

110 Sobre sua origem, trabalhos preparatórios, redação e caráter complementar (à Convenção de 1951), cf.: E. Jahn. The Work of the Asian-African Legal Consultative Committee on the Legal Status of Refugees. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, v. 27, 1967, p. 122-138; P. Weis. The Convention of the Organisation of African Unity Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa. *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal*, v. 3, 1970, p. 449-464.

111 S. Aga Khan. Legal Problems Relating to Refugees and Displaced Persons. *RCADI*, v. 149, 1976, p. 328.

112 P. Weis. The International Protection of Refugees. *American Journal of International Law*, v. 48, (1954), p. 193-194.

113 S. Aga Khan, *op. cit. supra* N. 111, p. 339-343.

internacional às pessoas destituídas. A função de proteção internacional confiada ao Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)[114], através de seu aspecto promocional, passou a incluir atuação – direta ou indireta – "na criação e formulação do direito dos refugiados, tanto no nível nacional quanto internacional"[115]. Tornou-se esta é uma característica fundamental de seu trabalho.

Na verdade, a proteção dos refugiados no direito internacional contemporâneo[116] evidencia a dificuldade de se delimitar estritamente os níveis "nacional" e "internacional" de proteção. Nesse sentido, o próprio Alto Comissário da ONU logo observou que a proteção básica assegurada na legislação internacional, por exemplo, "é vital, pois fundamenta e é a base essencial de toda a estrutura da proteção internacional. Esta só pode operar como um complemento da proteção por parte das instituições internas (nacionais) do país de residência do refugiado"[117].

No presente contexto, "exerce-se a proteção internacional nos níveis internacional[118] e nacional[119]": a promoção e proteção dos direitos humanos dos refugiados têm se realizado a nível interna-

114 Cujo estatuto foi estabelecido pela resolução 428 (V) da Assembleia Geral da ONU, de 14 de dezembro de 1950.

115 S. Aga Khan, *op. cit. supra* N. 111, p. 333. De certo modo, a proteção internacional no presente contexto apareceria como corolário da "aquisição pelos refugiados do ***status*** de sujeitos do direito internacional"; *ibid.*, p. 329.

116 Quanto a seu histórico e tentativas iniciais sob a Liga das Nações e as Nações Unidas, cf.: P. Weis. The Office of the United Nations High Commissioner for Refugees and Human Rights. *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal*, v. 1, 1968, p. 243-248.

117 S. Aga Khan, *op. cit. supra*, N. 108, p. 330.

118 *E.g.*, contatos entre o Alto Comissariado e vários órgãos da ONU, agências especializadas, organizações regionais e intergovernamentais, "a fim de salvaguardar os interesses dos refugiados, em particular pelo estabelecimento de acordos internacionais para o aprimoramento de seu status ou a inclusão de dispositivos especiais em favor dos refugiados em instrumentos internacionais adotados no campo dos direitos humanos". P. Weis, *op. cit. supra* N. 116, p. 249-250.

119 Cf. considerações *infra.*

cional pelo "estabelecimento de instrumentos internacionais ou incorporação de dispositivos especiais nos instrumentos internacionais gerais de proteção de direitos humanos específicos de refugiados"[120]. E, a nível nacional, verifica-se também "um reconhecimento crescente do *status* especial dos refugiados" (*e.g.*, através da legislação interna sobre estrangeiros)[121].

Os aspectos internacional e nacional da proteção dos refugiados também se refletem no fato de que a aplicação da Convenção de Genebra de 1951 cabe primariamente aos Estados contratantes; "seus dispositivos integram-se no direito interno, e a pessoa que busca asilo é desse modo colocada em posição que lhe permite reivindicar seus direitos diante dos tribunais e autoridades nacionais competentes"[122], não obstante o fato de ter o trabalho da ONU nessa área (através, *e.g.* de uma série de resoluções da Assembleia Geral) colocado a proteção dos refugiados formalmente no plano do direito internacional e visado o estabelecimento de um padrão internacional de tratamento dos refugiados[123]. A possibilidade de o

120 *E.g.*, *inter alia*, o direito de liberdade de movimento, o direito à segurança social, o direito à assistência pública; P. Weis, op. cit. *supra* N. 116, p. 249 e 252.

121 Cf., *e.g.*, o Estatuto Jurídico dos Alienígenas, da Holanda, de 13 de janeiro de 1965, e o Estatuto Jurídico dos Alienígenas, da então República Federal da Alemanha, de 28 de abril de 1965, *cit. in ibid.*, p. 252, particularmente seus dispositivos especiais (relativos aos refugiados) dizendo respeito a seus "direitos de asilo e recursos especiais contra a expulsão e o retorno forçado ao país de origem". Isto, naturalmente, se encontra diretamente relacionado ao princípio do *non-refoulement*, pelo qual os refugiados não podem em hipótese alguma ser expulsos ou enviados de volta a um país onde sua vida ou liberdade venha a correr perigo.

122 P. E. Krenz, *op. cit. supra* N. 110, p. 112.

123 *Ibid.*, p. 112; acerca da questão se o direito de asilo é um direito do Estado territorial soberano ou um direito do indivíduo, cf. discussão *in*, *e.g.*, P. Weis. The United Nations Declaration on Territorial Asylum. *Canadian Yearbook of International Law*, v. 7, 1969, p. 119-120; pode-se argumentar que, em qualquer caso, "os verdadeiros beneficiários são os próprios perseguidos – Cf. *supra*). Consequentemente, em caso recente sobre a matéria indivíduos no direito internacional; F. E. Krenz, *op. cit. supra* N. 110, p. 91. Cf. também, sobre o tema, P. Weis. The Present State of International Law on Territorial Asylum. *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht/Annuaire suisse de droit international*, v. 31, 1975, p. 71-96; International Commission of Jurists. *The Application in Latin America of International Declarations and Conventions Relating to Asylum.* Genève: I.C.J., 1975, p. 1-64. Sobre a Conferência da ONU sobre o Asilo Territorial (Genebra, 10 de janeiro a 4 de fevereiro de 1977), cf.: ONU, doc.

refugiado recorrer aos tribunais nacionais e fazer uso dos recursos internos é aspecto importante que não deve ser negligenciado.

Torna-se claro, pelo acima exposto, que a proteção internacional dos refugiados se distingue da proteção diplomática de nacionais no exterior. De início, verifica-se, na primeira, uma asserção dos direitos dos próprios refugiados[124], cuja proteção visa remediar a situação derivada do fato de que aos refugiados "falta a proteção que geralmente é estendida aos nacionais no exterior pelo Estado de nacionalidade"; assim, é "questão discutível" tentar determinar se o refugiado tem direito a tal proteção, e, na realidade, deve-se antes ter em mente que "na medida em que a função de proteção se baseia em tratado, a agência ou órgão internacional encontra-se na obrigação em relação aos Estados partes do tratado de conceder tal proteção"[125].

Não se verifica aqui nenhuma ameaça ou utilização de medidas de retaliação, algumas vezes usadas pelos Estados para proteger seus próprios nacionais no exterior[126]. O caráter inevitavelmente discricionário da proteção diplomática é evidente; já a proteção internacional de refugiados, a seu turno, baseia-se "em resoluções de órgãos internacionais, em tratados multilaterais ou acordos bilaterais entre a agência e o Estado em questão"[127]. Nesse contexto de proteção, o *status* jurídico dos refugiados pode ser fortalecido "pelo estabelecimento de instrumentos internacionais ou adoção

---

A/CONF.78/12. *Report of the United Nations Conference on Territorial Asylum*, 1977, p. 2-70; ONU, doc. A/32/12, suppl. n. 12, *Report of the U.N. High Commissioner for Refugeesi*, 1977, p. 5-6; e cf. Nota intitulada Diplomatic Conference on Territorial Asylum. *Review of the International Commission of Jurists*, n. 18, jun. 1977, p. 19-24.

124 P. Weis, *op. cit. supra* N. 112, p. 219; P. Weis, *op. cit. supra* N. 116, p. 249; S. Aga Khan, *op. cit. supra* N. 111, p. 332.

125 P. Weis, *op. cit. supra* N. 112, p. 218-219.

126 S. Aga Khan, *op. cit. supra* N. 111, p. 331.

127 P. Weis, *op. cit. supra* N. 116, p. 249; P. Weis, *op. cit. supra* N. 112, p. 219, e cf. p. 193, 199 e 204.

de legislação interna (nacional) apropriada"[128] – uma função promocional a que já nos referimos anteriormente.

Não surpreendentemente, o desempenho da tarefa de proteção internacional dos refugiados muitas vezes se defronta com problemas de natureza jurídica, a começar pela definição do próprio termo "refugiado". Como exemplo de questão estritamente jurídica, o próprio Alto Comissário da ONU logo se referiu à sua dupla função de *redresser of wrongs* e *perpetual petitioner*[129]. Ademais, há a possibilidade de os refugiados reivindicarem seus direitos perante os tribunais nacionais como pré-requisito da ação internacional (independentemente de disporem ou não dos meios materiais para cobrir as custas envolvidas em tal utilização dos recursos internos). As medidas de concessão de assessoria jurídica gratuita e assistência judiciária podem, pois, vir a tornar-se essenciais para a asserção e salvaguarda dos direitos humanos dos refugiados[130].

A questão da assessoria e assistência jurídica gratuita está assim, diretamente ligada à da utilização dos recursos do direito interno. Poderia um Estado argumentar que tal assistência material, provinda de fontes no exterior, constituiria uma intervenção em seus assuntos internos? Em princípio, poder-se-ia opor a tal argumento com base em dois fundamentos: primeiramente, as alegações de domínio reservado dos Estados evoluíram dentro de relações essencialmente interestatais, tornando-se próprias a estas últimas[131]; em segundo lugar, ao fornecer assistência jurídica

128 P. Weis, *op. cit. supra* N. 116, p. 249.

129 S. Aga Khan, *op. cit. supra* N. 111, p. 335.

130 Com efeito, por meio de um limitado programa de assistência jurídica (dentro de seu programa de assistência material), complementar a suas atividades de proteção, o Escritório do Alto Comissariado fica capacitado a "auxiliar organizações não governamentais de ajuda a refugiados na concessão de assessoria jurídica e assistência a refugiados ou a permitir que refugiados indigentes retenham advogados no transcorrer do processo"; P. Weis, *op. cit. supra* N. 118, p. 252-253.

131 A. A. Cançado Trindade. The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 25, 1976, p. 715-765; A. A.

aos refugiados, tais fontes (quer se encontrem ou não no exterior) estão os auxiliando a obedecer a regra do direito internacional geral pela qual os recursos internos devem ser esgotados antes da utilização dos recursos internacionais[132].

Em suma, desde os primeiros passos após a I Guerra Mundial até nossos dias, os experimentos de proteção internacional de refugiados vêm se defrontando com diversos problemas de caráter jurídico (*e.g.*, definição de refugiado, reconhecimento de seu *status* também no âmbito nacional, implementação dos instrumentos internacionais de proteção, assistência e assessoria jurídica). A evolução geral tem sido no sentido de uma extensão ou ampliação da noção de refugiado, para reduzir ao mínimo possível o número das vítimas desprotegidas de eventos causados pelo próprio homem.

Exemplo marcante de tal ampliação se encontra na série de Consultas decenais do ACNUR (desde a Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984). América Latina e Caribe tornaram-se a única região do mundo até hoje (fins de 2017) a ter-se precavido em adotar sucessivas Declarações decenais (a de San José sobre Refugiados e Deslocados de 1994; a da Cidade do México para o Fortalecimento da Proteção dos Refugiados – abarcando os migrantes

Cançado Trindade, Domestic Jurisdiction and Exhaustion of Local Remedies; a Comparative Analysis. *Indian Journal of International Law*, v. 16, 1976, p. 123-158; e cf. considerações *infra.*

132 O refugiado pode, com efeito, encontrar-se em circunstâncias difíceis, "a não ser que o país de asilo no exercício de seus direitos de conceder refúgio, adote dispositivos especiais regulando seu *status* e sua capacidade jurídica" (F. E. Krenz, *op. cit. supra* N. 110, p. 109-110). Pode-se mencionar um exemplo de tais dificuldades práticas. Até 1977, o Japão ainda não havia ratificado a Convenção de 1951 sobre o Status dos Refugiados (cuja aplicação foi substancialmente ampliada pelo Protocolo de 1967) que, como se sabe, incorpora o princípio do *non-refoulement* (de refugiados políticos – cf. *supra*). Consequentemente, em caso sobre a matéria concernente ao Japão, "os reclamantes tiveram que se basear no princípio costumeiro da não extradição de transgressores políticos, e não no princípio do *non-refoulements*, porque este último é uma regra convencional ainda não aceita pelo Japão como uma questão de direito". S. Murase. The Status of Political Refugees in Japan. *Proceedings of the American Society of International Law*, v. 71, 1977, p. 157-158. Para dados divulgados pelo Alto Comissariado, cf. ONU, doc. A/32/12/Add.1, supl. n. 12A. *Adición al Informe del Alto Comissionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*, 1977, pars. 37-53, p. 10-16.

indocumentados – de 2004; a de Brasília para o Fortalecimento da Proteção dos Refugiados – abarcando as vítimas do tráfico de pessoas – de 2014), que vieram a ser acompanhadas de Programas de Ação, precisamente ampliando a noção de refugiado, de modo a estender proteção a pessoas em situação de igual vulnerabilidade. Na condução destas consultas decenais do ACNUR de três décadas, temos tido a satisfação de nelas atuar como consultor jurídico *ad honorem* do ACNUR. Suas atas contêm os pareceres que apresentamos em cada uma delas[133] – nos quais ressaltamos a relevância e prevalência dos princípios básicos; estes pareceres encontram-se recentemente analisados em outra obra de nossa autoria, *A Humanização do Direito Internacional*[134], à qual aqui nos referimos.

A proteção internacional dos refugiados distingue-se, como visto, claramente da proteção diplomática discricionária: administrada por um órgão internacional, baseia-se aquela em instrumento do direito internacional (resoluções de organismos internacionais, tratados multilaterais ou bilaterais). Não obstante, exercita-se a proteção dos refugiados tanto em nível internacional quanto nacional, com a adoção de legislação interna e, principalmente, a possibilidade de reivindicação dos direitos dos refugiados diante dos tribunais internos competentes. Como virtualmente em todo

133 Cf. A. A. Cançado Trindade. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias. In: ACNUR, *in Diez Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados – Memoria del Coloquio Internacional* (San José de Costa Rica, 5-7/12/1994). San José de Costa Rica: ACNUR/IIDH, 1995, p. 79-128; A. A. Cançado Trindade. Aproximaciones y Convergencias Revisitadas: Diez Años de Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario (De Cartagena/1984 a San José/199 y México/2004). In: *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004)*. San José de Costa Rica/México: ACNUR, 2005, p. 139-191; A. A. Cançado Trindade. El Largo Camino de la Humanización del Derecho Internacional: Una Nueva Década de Consultas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (De México 2004 a Brasília 2014). In: *Memorias del Trigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (Cartagena+30)*. Quito: ACNUR, 2015, p. 18-34.

134 A. A. Cançado Trindade. *A Humanização do Direito Internacional*. 2ª ed. rev. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2015, XXIV-XXV, p. 525-613.

experimento de proteção sob o direito internacional, torna-se difícil e talvez mesmo inadequado tentar delimitar níveis essencial e nitidamente "nacional" e "internacional" de proteção (*cf. infra*).

9.9. Os sistemas regionais (europeu, interamericano e africano) de proteção dos direitos humanos

Podemos proceder aqui a uma breve incursão nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos (o europeu, o interamericano e o africano); não é nossa intenção realizar neste capítulo uma análise dos mesmos, o que já o fizemos em outra de nossas obras, o *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos* (em três tomos)[135]. Pretendemos aqui tão só destacar alguns pontos marcantes de sua evolução histórica, de relevância ao estudo básico dos princípios gerais do direito. Comecemos por assinalar que os referidos sistemas regionais operam no âmbito conceitual da *universalidade* dos direitos humanos[136].

O mais antigo deles, o europeu, teve início pouco após a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (cf. *supra*). Com efeito, do processo de redação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, nos anos 1948-1950, participaram órgãos e associações distintos[137]; a assinatura da Convenção deu-se aos 4 de novembro de 1950, e sua entrada em vigor aos 3 de setembro de

135 Cf., em particular, o terceiro tomo: A. A. Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. III. 2ª ed. Porto Alegre: S.A. Fabris Ed., 2003, caps. XV-XVII, p. 27-23.

136 A. A. Cançado Trindade. Quelques réflexions sur les systèmes régionaux dans le cadre de l'universalité des droits de l'homme. In: M. J. Aznar; e M. E. Footer (eds.). *Select Proceedings of the European Society of International Law* (Valencia Conference, 2012), v. IV: *Regionalism and International Law.* Oxford/Portland, Hart Publ., 2015, p. 343-347.

137 A saber, o Movimento Europeu, a Assembleia Consultiva (do Conselho da Europa) e sua comissão jurídica, o Comitê de Experts sobre Direitos Humanos (do Conselho da Europa), a Conferência de "Senior Officials" e o Comitê de Ministros (do Conselho da Europa); cf. Conseil de l'Europe, documento H(61)4, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires"*, v. I-V1, p. 1ss; A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies in the 'Travaux Préparatoires' of the European Convention on Human Rights. *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, v. 58, 1980, p. 73-88.

1953. Também foram inicialmente adotados, em datas distintas, cinco Protocolos à Convenção (hoje, em 2017, são 17 Protocolos).

A Convenção Europeia consagrou certos direitos (artigos 2-14)[138] e estabeleceu um mecanismo de implementação que tem gerado uma vasta construção jurisprudencial. A antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos (gradualmente terminada com a adoção do Protocolo XI à Convenção em 1998), à qual tinham acesso indivíduos e grupos particulares, tinha quatro atribuições: decidia sobre a admissibilidade de petições ou reclamações, determinava ou estabelecia os fatos de cada caso, procedia a tentativas de solução amistosa e encaminhava relatórios ao Comitê de Ministros[139].

A Corte Europeia de Direitos Humanos, à qual casos não resolvidos eram enviados pela Comissão, passou, com a entrada em vigor do Protocolo XI, a ser o órgão *par excellence* da Convenção[140], ao qual continuaram a ter acesso os Estados litigantes e passaram a ter acesso direto (*jus standi*) também os indivíduos, como examina-

138 Cf. texto in: European Convention on Human Rights. *Collected Texts*. 9ª ed. Strasbourg: Conseil de l'Europe, 1974, p. 2-6; e cf. M. Sorensen. *Do the Rights Set forth in the European Convention on Human Rights in 1950 Have the Same Significance in 1975*? Report, Colóquio de Roma de 1975, Conseil de l'Europe, doc. H/Coll. (75) 2, p. 1-25 (mimeografado).

139 K. Vasak. *La Convention européenne des droits de l'homme*. Paris: LGDJ, 1964, p. i ss.; F. Monconduit. *La Commission européenne des droits de l'homme*. Leyden: Sijthoff, 1965, p. 21-550; A. H. Robertson. *Human Rights in Europe*. 2ª ed. Manchester: Manchester University Press, 1977, p. 1-293; F. Castberg. *The European Convention on Human Rights*. Leyden: Sijthoff/Oceana, 1974, p. 1 ss.; F. G. Jacobs. *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1975, p. 1-280; C.Th. Eustathiades. La mise en oeuvre des droits de l'homme sur le plan international. In: *La protection internationale des droits de l'homme dans te cadre européen* (1960, Strasbourg Colloquium). Paris: Dalloz, 1961, p. 217--223; C.Th. Eustathiades. La Convention européenne des droits de l'homme et te Statut du Conseil de l'Europe. *Die Friedens-Warte*, v. 52-53, 1953-1955 e 1955-1956, p. 332-361 e 47-69, respectivamente.

140 Cf. N. Antonopoulos. *La jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*. Leyden: Sijthoff, 1967, p. 11-262; C. C. Morrisson Jr. *The Developing European Law of Human Rights*. Leyden: Sijthoff, 1967, p. 155-179; G. L. Weil. *The European Convention on Human Rights*. Leyden: Sijthoff, 1963, p. 147-165. Cf. outras referências in: Conseil de l'Europe. *Bibliography Relating to the European Convention on Ruman Rights*. Strasbourg, 1978, p. 1-154.

do em detalhes em nosso livro publicado na Espanha em 2001[141]. Em outros estudos analisamos alguns dos principais aspectos, da maior importância, da vastíssima jurisprudência da Corte (e da anterior prática da Comissão) – que escapariam aos propósitos do presente estudo – a saber: a gradual ampliação do conceito de "vítima" sob a Convenção, o fortalecimento gradual da posição do indivíduo (do *locus standi* ao jus *standi*), a configuração de casos gerais em que se passou a determinar a compatibilidade com os dispositivos da Convenção de "medidas legislativas e práticas administrativas" dos Estados em questão (em certos casos acarretando modificações na própria legislação interna dos Estados, em impacto considerável da Convenção sobre o ordenamento jurídico nacional), a aplicação própria (e mais flexível) dos requisitos de admissibilidade de reclamações, dentre muitos outros – em inúmeros casos movidos tanto por indivíduos quanto por Estados partes[142].

Um levantamento dos resultados concretos obtidos sob a Convenção Europeia, preparado pelo *staff* da Divisão de Direitos Humanos do Conselho da Europa há quatro décadas, foi bastante elucidativo: até fins de 1976, registraram-se, perante a *Comissão*, 7.740 petições ou reclamações, tendo sido tomados 6.772 decisões, e declaradas admissíveis 132 petições ou reclamações;

141 Cf. A. A. Cançado Trindade. *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2001, p. 9-104.

142 A. A. Cançado Trindade. The Burden of Proof with Regard to Exhaustion of Local Remedies in International Law. *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal* – RDH/HRJ, v. 9, 1976, p. 81-121; A. A. Cançado Trindade. L'épuisement des recours internes dans des affaires inter-étatiques. *Cahiers de droit européen*, v. 14, 1978, p. 139-157; A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies in Relation to Legislative Measures and Administrative Practices – The European Experience. *Malaya Law Review*, v. 18, 1976, p. 257-280; A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies the Jurisprudence of the European Court an Appraisal". *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal* – RDH/HRJ, v. 10, 1977, p. 141-185; A. A. Cançado Trindade. The Time-Factor in the Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law. *Rivista di Diritto lnternazionale*, v. 61, 1978, p. 232-257; A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies in Inter-State Cases: The Practice under the European Convention on Human Rights. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, v. 29, 1978, p. 211-231.

20 casos chegaram até a *Corte*, e 41 até o *Comitê de Ministros* (sete interestatais e 34 movidos por indivíduos)[143]. O quadro hoje é inteiramente distinto, com a considerável multiplicação de casos perante a Corte Europeia, decorrente do grande aumento dos Estados partes (de 15 há quatro décadas a 47 na atualidade), com o fim da Guerra Fria e o chamado "fim do comunismo". Com tudo isto, aumentou consideravelmente o número de justiciáveis perante a Corte Europeia[144].

Como a Convenção Europeia abarcava apenas alguns poucos direitos econômicos, sociais e culturais, cedo uma Conferência tripartite europeia houve por bem preparar (em 1959) a Carta Social Europeia, assinada em 1961, incluindo os direitos econômicos e sociais[145] proclamados no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. O processo de implementação da Carta, que entrou em vigor aos 26 de fevereiro de 1965, veio a consistir basicamente no sistema de relatórios (semelhante ao da OIT) enviados a cada dois anos pelos Estados, examinados por um comitê de peritos independentes e considerados em última instância pelo Comitê de Ministros; implícito no sistema encontrou-se a noção de realização "progressiva" dos direitos consagrados na Carta[146].

O sistema interamericano de proteção da pessoa humana, por sua vez, passou a emergir com a Declaração Americana de

143 Conseil de l'Europe, doc. DH(77)3. *Stock-Taking on the European Convention on Human Rights – A Periodic Note on the Concrete Results Achieved under the Convention*. Strasbourg, 1977, p. 87 e 91.

144 Cf., *e.g.*, A. A. Cançado Trindade. La Persona Humana como Sujeto del Derecho Internacional: Consolidación de Su Posición al Inicio del Siglo XXI. In: *Democracia y Libertades en el Derecho Internacional Contemporáneo* (Libro Conmemorativo de la XXXIII Sesión del Programa Externo de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Lima, 2005). Lima: Academia de Derecho Internacional de La Haya/IDEI (PUC/Peru), 2006, p. 27-76.

145 Já os direitos culturais são reconhecidos na Convenção Cultural Europeia, de 19 de dezembro de 1954.

146 Cf. ONU, docs. E/CN.4/1108/Rev.1 e E/CN.4/1131/Rev.1, p. 282-283, pars. 333-337. Os Estados contratantes concordam que os 19 direitos econômicos e sociais reconhecidos na Carta Social Europeia constituem "o objetivo de sua *policy*, a ser perseguido por todos os meios apropriados, tanto de caráter nacional quanto internacional"; J. P. Humphrey, *op. cit. supra* N. 5, p. 102.

Direitos Humanos, adotada na IX Conferência Internacional dos Estados Americanos (Bogotá) aos 2 de maio de 1948, que precedeu em alguns meses a Declaração Universal, de dezembro do mesmo ano. Na mesma Conferência de Bogotá se aprovou uma Carta Interamericana de Garantias Sociais e se recomendou o preparo de um projeto de Estatuto de uma Corte Interamericana de Direitos Humanos. Uma década depois, na 5ª Reunião de Consultas dos Ministros de Relações Exteriores (Santiago, 1959), foi criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e recomendou-se o preparo de um projeto de Convenção sobre Direitos Humanos. Em 1960, o Conselho da OEA aprovou o Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos[147].

A Comissão foi concebida como um órgão autônomo e consultivo da OEA, competente para promover preparar estudos sobre direitos humanos no continente, transmitir dados aos governos e preparar recomendações[148]. No entanto, originalmente não era ela competente para tomar qualquer decisão individual acerca de reclamações sobre direitos humanos[149]. Esta situação, no entanto, não duraria muito, pois cedo a Comissão se pôs a bater-se por uma ampliação de sua própria competência. Esta veio em 1965 (II Conferência Extraordinária Interamericana, Rio de Janeiro), com a Resolução XXII emendando o Estatuto da Comissão: a competência da Comissão para preparar relatórios

147 OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II.23-doc. 21, *Manual de Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos*, OEA-Washington, 1970, p. 1-50; OEA, doc. OEA/Ser.L/V/I.4-Rev., *Inter-American Commission on Human Rights – Basic Documents*, OEA-Washington, 1963, p. 1-36; e, para os antecedentes históricos, cf. D. Uribe Vargas. *Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*. Madrid: Ed. Cultura Hispânica, 1972, p. 109-147.

148 Cf. os artigos (originais) 1º e 9º do estatuto, e mais detalhes in: K. Vasak. *La Commission interaméricaine des droits de l'homme*. Paris: Pédone, 1968, p. 37-62; A. P. Schreiber. *The Inter-American Commission on Human Rights*. Leyden: Sijthoff, 1970, p. 41-56; H. Gros Espiell. Le système interaméricain comme regime regional de protection internationale des droits de l'homme. *RCADI*, v. 145, 1975, p. 7-53.

149 . Cf. resolução nesse sentido adotada pela própria Comissão em seu primeiro período de sessões, *in* OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II.23-doc.21.Rev., p. 17.

e formular recomendações (sobre direitos humanos) estendeu-se, reconhecendo-se a partir de então à Comissão a competência também para receber e examinar reclamações sobre direitos humanos, requerer informações dos governos em questão e formular recomendações adicionais apropriadas a esse propósito; as modificações foram incorporadas ao Estatuto da Comissão em 1966[150] e também a seu Regulamento interno.

Também em 1965, pela Resolução XXIV, a II Conferência Extraordinária Interamericana decidiu-se pelo preparo de uma Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo anteprojeto foi preparado pela Comissão em 1967, levando-se em conta a experiência da Convenção Europeia e dos Pactos da ONU[151]. O anteprojeto foi adotado pela Comissão no ano seguinte[152], e a Conferência Interamericana Especial sobre Direitos Humanos (San José, 7-22 de novembro de 1969) adotou a Convenção Americana de Direitos Humanos – também conhecida como Pacto de San José de Costa Rica[153] – que entrou em vigor, aos 18 de julho de 1978[154].

Nos anos anteriores, a Comissão tinha atuado com flexibilidade, buscando evitar a rejeição de petições na aplicação dos requisi-

150 Cf. texto com emendas *in* OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II.23-doc. 21.Rev., p. 19, 33 e 41-45. Cf. também S. E. Werners. Cooperation between Jurisdictions on Different Levels in the Field of Human Rights. *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, v. 15, 1968, p. 405-409. Ao lidar com petições no procedimento *ordinário* (artigos 37-51 do Regulamento) a Comissão atua normalmente como órgão de inquérito ou investigação, ao passo que no procedimento *especial* (dos artigos 53-57) a Comissão exerce uma função judicial ou quase judicial: daí as precauções adotadas *ratione materae* (enumeração limitada de direitos) e *ratione personae* (vítimas diretas de violações). Cf. K. Vasak, *op. cit. supra* N. 148, p. 140-141.

151 OEA, docs. OEA/Ser.L/V/II.14-doc. 35, p. 34-36, e OEA/Ser. L/V/II.16-doc.20, p. 10-15.

152 OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II.19-doc. 51, p. 14-15.

153 OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II.21-docs.27, 23 e 21, p. 10-12 e 12, respectivamente.

154 *International Legal Materials*, v. 18, 1979, p. 278. Para um estudo da mesma, cf. A. A. Cançado Trindade. La Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme et le droit international général. In: G. Cohen-Jonathan ; J.-F. Flauss (eds.). *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales.* Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 59-71.

tos de admissibilidade[155]; já em abril de 1974 os casos registrados pela Comissão atingiam quase o total de cinco mil[156]. Com a entrada em vigor da Convenção Americana, tanto a Comissão como a Corte Interamericanas (que também atuou com particular flexibilidade em relação à admissibilidade de petições) tornaram-se, ambos, seus órgãos capacitados *inter alia* a receber reclamações de indivíduos e Estados[157].

Diante da Corte Interamericana os indivíduos desfrutam hoje de *locus standi in judicio* (que logramos conseguir-lhes com a evolução de seu Regulamento) em todas as etapas do procedimento, e nisto difere da Corte Europeia, que hoje lhes concede *jus standi* (cf. *supra*). Durante os anos em que servimos a Corte como seu Juiz titular (1995-2006) e como seu Presidente (1999-2004), defendemos o acesso direto dos indivíduos à Corte, e neste propósito redigimos e apresentamos em 2001 à OEA o Projeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos[158], que permaneceu na agenda da Assembleia Geral da OEA até 2008. O labor da Corte Interamericana e sua construção jurisprudencial encontram-se analisados em nosso livro de memórias da mesma[159], ao qual aqui nos referimos.

155 Cf. A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies in the Inter-American System. *Indian Journal of International Law*, v. 18, 1978, p. 345- 351. Sobre a prática da Comissão, cf. também L. J. Leblanc. The Inter-American Commission on Human Rights. *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal*, v. 9, 1976, p. 645-657.

156 Cf. caso n. 4.958. *International Legal Materials*, v. 14, 1975, p. 115-134.

157 Artigos 44 e 45, respectivamente, da Convenção Americana. Distintamente do que ocorreu com a versão original da Convenção Europeia (cf. *supra*), o direito de petição individual veio aqui a ser de aceitação automática quando ratificada a Convenção Americana, ao passo que o dispositivo sobre reclamações interestatais passou a depender de aceitação facultativa.

158 Cf. A. A. Cançado Trindade (Relator). *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*, v. II. 2ª ed. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p. 1-1015.

159 Cf. A. A. Cançado Trindade. *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional – Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 4ª ed. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2017, p. 1-441.

A seu turno, os primórdios do sistema africano de proteção remontam à redação do anteprojeto da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, em Dakar, Senegal, de 28 de novembro a 8 de dezembro de 1979; a Comissão de Redação foi presidida pelo senegalês Keba Mbaye. No relato de um ex-secretário-geral da antiga OUA (Sr. E. Kodjo) – hoje União Africana – tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 como a Declaração Universal dos Direitos dos Povos (adotada em Alger, Argélia, em 1976) "em muito ajudaram" os redatores do referido anteprojeto da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos[160].

O próximo passo foi dado pela Conferência Ministerial (convocada pelo secretário-geral da antiga OUA para examinar e aprovar o anteprojeto da mencionada Reunião de Peritos) que se reuniu, em suas sessões (09-15.06.1980 e 07-19.01.1981), em Banjul, Gâmbia. Ao final da 2ª sessão, em janeiro de 1981, estava concluído, na presença de 35 representantes de governos africanos, o Projeto de Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos. Cinco meses depois, a 18ª Conferência de Chefes de Estado e Governo da OUA (realizada em Nairóbi, Quênia, em 17--26 de junho de 1981) aprovou, adotou por aclamação e abriu à assinatura a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (a chamada Carta de Banjul)[161].

O continente africano passava assim também, a contar enfim com uma Convenção regional de direitos humanos. Seus redatores, e os Estados que a adotaram, tiveram que superar alguns desafios, inclusive de ordem conceitual, a saber, a própria concepção do indivíduo

160 E. Kodjo. La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. In: Institut International des Droits de l'Homme, *Resumés des Cours – XX Session d'Enseignement* (1989). Strasbourg: IIDH, 1989, p. 5, e cf. p. 2-6 (mimeografado). Pouco antes, em setembro de 1979, o secretário-geral da ONU havia organizado um Seminário em Monróvia, Libéria, sobre a criação de comissões regionais de direitos humanos, com atenção especial à África; cf. E. G. Bello, *op. cit. supra* N. 1, p. 290.

161 Para um relato, cf. E. Kodjo, *op. cit. supra* N. 4, p. 6; H. Ben Salem. The African System for the Protection of Human and Peoples' Rights. *Interrights Bulletin*, v. 8, 1994 n. 3, p. 55-57.

na sociedade africana, vinculado estreitamente ao grupo social a que pertence, e os consequentes deveres do indivíduo (expressamente consignados na Carta) *vis-à-vis* seu grupo[162]; a preocupação em fortalecer (e não minar) as bases institucionais dos novos Estados africanos, emergentes do processo histórico da descolonização[163]; e a correlação das especificidades da concepção e percepções africanas dos direitos humanos com a própria universalidade destes últimos[164].

Tal como adotada em 1981 e entrou em vigor em 21.10.1986, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos[165] criou um órgão de supervisão, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Somente duas décadas depois, veio a Carta Africana a contar também (a partir de 2006) com a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (criada com base no Protocolo de Burkina Faso, adotado em 09.06.1998)[166]. Com isso, graças ao sistema de

162 Karel Vasak. Les droits de l'homme et Afrique – Vers les institutions africaines pour la protection internationale des droits de l'homme? *Revue belge de Droit international*, n. 2, 1967, p. 462-463.

163 Como ressaltado pelo então vice-presidente da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, H. Ben Salem, *op. cit. supra* N. 161, p. 55.

164 Cf. I. Nguema. Universalité et specificité des droits de l'homme en Afrique. *Revue de la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, v. 3, 1993, p. 51-56.

165 Para um estudo geral, cf., *e.g.*, U. O. Umozurike. *The African Charter on Human and Peoples' Rights*. The Hague: Nijhoff, 1997, p. 1-130; V. E. Yemet. *La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*. Paris: L'Harmattan, 1996, p. 13-379; E. A. Ankumah. *The African Commission on Human and Peoples' Rights – Practice and Procedures*. The Hague: Nijhoff, 1996, p. 1-198; B. S. Ngom. *Les droits de l'homme et l'Afrique*. Paris: Silex Éd., 1984, p. 1-118; E. R. Mbaya. *La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples – mythes et réalités*, Cologne, Université de Cologne, 1984, p. 1-249; N. Guennouni, *L'Organisation de l'Unité Africaine et les droits de l'homme* (Mémoire). Casablanca: Université Hassan II (Faculté de Droit), 1985, p. 17-28 e 207-328; Kéba Mbaye. Rapport introductif sur la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. In: *Droits de l'homme et des peuples en Afrique et la Charte Africaine* (Rapport de la Conférence de Nairobi de 1985). Genève: Commission Internationale de Juristes, 1986, p. 20-51; F. Ouguergouz. La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples: lecture critique. *Revue de la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, v. 2, 1992, p. 55-70; M. Glele Ahanhanzo. La Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. *Revue juridique et politique – indépendance et coopération*, v. 40, 1986, p. 939-950; T. Huaraka. The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Significant Contribution to the Development of International Human Rights Law. In: *Essays on the Concept of a 'Right to Live' in Memory of Y. Khushalani*. Bruxelles: Bruylant, 1988, p. 193-204.

166 Sobre o processo de elaboração do Protocolo de Burkina Faso, cf., *e.g.*, I. A. Badawi El-Sheikh. Draft

petições individuais internacionais[167], os indivíduos passaram a exercer sua capacidade processual internacional, ao longo da última década, perante um tribunal internacional de direitos humanos, também no sistema africano de proteção, a exemplo do que já ocorria nos sistemas europeu e interamericano (*supra*), dente outras iniciativas[168].

A contribuição dos sistemas regionais de direitos humanos ao resgate histórico da posição da pessoa humana como sujeito do direito das gentes (*droit des gens*)[169] constitui, em nosso entendimento, o legado mais importante do pensamento jusinternacionalista das sete últimas décadas[170]. Como já assinalamos, o mecanismo da

Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights – Introductory Note. *African Journal of International and Comparative Law*, v. 9, 1997, p. 943-952.

167 A. A. Cançado Trindade. *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2001, p. 34-35.

168 A seu turno, o Conselho da Liga dos Estados Árabes adotou, em 15.09.1994, a quarta Convenção regional de direitos humanos, a Carta Árabe de Direitos Humanos; assim, na passagem do século XX ao século XXI, somente os países asiáticos permaneciam desprovidos de uma Convenção regional de direitos humanos. Cf., a respeito: A. A. Cançado Trindade. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, p. 655; A. A. Cançado Trindade. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 410; M. A. Al Midani. Introduction à la Charte Arabe des Droits de l'Homme. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, v. 104-106, 1996, p. 183-189. E, sobre os desenvolvimentos no contienente asiático, cf., *inter alia*, *e.g.*, J. Chan. The Asian Challenge to Universal Human Rights: A Philosophical Appraisal. In: J.Th. Tang (ed.). *Human Rights and International Relations in the Asia-Pacific Region*. London/N.Y.: Pinter, 1995, p. 25-38; Hiroko Yamane. Approaches to Human Rights in Asia. *Beitrage zum auslandischen offentlichen Recht und Volkerrecht* – Max-Planck-Institut, Heidelberg, v. 93, 1987, p. 100-103.

169 Cf. A. A. Cançado Trindade. *A Humanização do Direito Internacional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2015, p. 125-133 e 169-235; A. A. Cançado Trindade. The Saga of the Emancipation of the Individual from His Own State: Thoughts on the Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations. In: D. P. Fernández Arroyo; C. Lima Marques (eds.). *Public International Law and Private International Law – A Necessary Meeting/Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público: Un Encuentro Necesario*. ASADIP Seminário de Porto Alegre de agosto de 2010). Porto Alegre: ASADIP, 2011, p. 315-336.

170 A. A. Cançado Trindade. Évolution du Droit international au droit des gens – L'accès des particuliers à la justice *internationale: le regard d'un juge*. Paris: Pédone, 2008, p. 1-187; A. A. Cançado Trindade. *Le Droit international pour la personne humaine*. Paris: Pédone, 2012, p. 45-368.

Corte Europeia evoluiu na atribuição do *jus standi* de indivíduos diretamente perante a Corte; o da Corte Interamericana alcançou o estágio de atribuir *locus standi in judicio* aos indivíduos em todas as etapas do procedimento perante a Corte; cada uma vive seu próprio momento histórico, e nele opera, no âmbito da universalidade dos direitos humanos.

Há que também destacar a contribuição notável do trabalho das Cortes Europeia e Interamericana na postura que assumiram firmemente de estabelecer limites ao voluntarismo estatal, salvaguardando deste modo a integridade das respectivas Convenções de Direitos Humanos e o primado de considerações de *ordre public* sobre a "vontade" de Estados individuais. Ilustram-no, *e.g.*, as decisões da Corte Europeia nos casos de *Belilos* (1988), de *Loizidou* (exceções preliminares, 1995), e de *Ilascu, Lesco, Ivantoc e Petrov-Popa* (2001), assim como, *e.g.*, as decisões da Corte Interamericana – sob nossa presidência – nos casos do *Tribunal Constitucional* e de *Ivtcher Bronstein* (competência, 1999), assim como de *Hilaire, Benjamin e Constantine* (exceção preliminar, 2001)[171].

Ambos tribunais internacionais estabeleceram assim padrões mais altos de comportamento estatal assim como um certo grau de controle sobre a interposição de restrições indevidas pelos Estados; desse modo fortaleceram de modo alentador a posição dos indivíduos como sujeitos do direito internacional, com plena capacidade processual. Ao resolver corretamente questões processuais básicas levantadas nos casos supracitados, ambos tribunais internacionais têm feito uso com aptidão das técnicas do direito internacional público a fim de fortalecer suas jurisdições

171 A. A. Cançado Trindade. A Century of International Justice and Prospects for the Future. In: A. A. Cançado Trindade; D. Spielmann (eds.). *A Century of International Justice and Prospects for the Future / Rétrospective d'un siècle de justice internationale et perspectives d'avenir.* Oisterwijk: Wolf Legal Publs., 2013, p. 1-28.

respectivas de proteção da pessoa humana, emancipada *vis-à--vis* seu próprio Estado[172]. Os tribunais internacionais de direitos humanos têm atraído a atenção à posição de *centralidade* das vítimas, os *justiciables*[173].

9.10. As duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos da ONU (1968 e 1993)

Em duas memoráveis ocasiões até o presente (fins de 2017), realizou a ONU Conferências Mundiais de Direitos Humanos: a primeira em Teerã em 1968, e a segunda em Viena em 1993. No transcurso do vigésimo aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, realizou-se a I Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas, em Teerã, de 22 de abril a 13 de maio de 1968, com a participação de 84 países e a presença de representantes de diversas organizações internacionais assim como organizações não governamentais (ONGs).

Reconhece-se hoje que a grande contribuição da Conferência de Teerã tenha consistido no tratamento e reavaliação *globais* da matéria, o que propiciou o reconhecimento e asserção, endossados por resoluções subsequentes da Assembleia Geral das Nações Unidas, da interrelação ou indivisibilidade de todos os direitos humanos. A Proclamação de Teerã sobre Direitos Humanos, adotada pelo plenário da I Conferência Mundial de Direitos Humanos em 13 de maio de 1968, constituindo-se em um marco relevante na evolução doutrinária da proteção internacional dos direitos humanos.

---

172 A. A. Cançado Trindade. The Trans-Atlantic Perspective: The Contribution of the Work of the International Human Rights Tribunals to the Development of Public International Law. In: *The European Convention on Human Rights at 50 - Human Rights Information Bulletin*, n. 50 (Special Issue). Strasbourg: Council of Europe, 2000, p. 8-9; A. A. Cançado Trindade. The Merits of Coordination of International Courts on Human Rights. *Journal of International Criminal Justice*, v. 2, 2004, p. 309-312.

173 Cf., para um estudo geral, A. A. Cançado Trindade. *The Access of Individuals to International Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 1-236.

Propugnou, *inter alia*, pela implementação do princípio básico da não discriminação, consagrado na Declaração Universal e em tantos outros instrumentos internacionais de direitos humanos, como uma "tarefa da maior urgência da humanidade, nos planos internacional assim como nacional" (par. 8). Referiu-se, também, ao "desarmamento geral e completo" como "uma das maiores aspirações de todos os povos" (par. 19), e não descuidou de lembrar as aspirações das novas gerações por "um mundo melhor", no qual se implementem plenamente os direitos humanos (par. l7).

Ponderou, ainda, a Proclamação de Teerã que, muito embora as descobertas científicas e os avanços tecnológicos recentes tivessem aberto amplas perspectivas de progresso econômico, social e cultural, tais desenvolvimentos podiam, no entanto, pôr em risco os direitos e liberdades dos seres humanos, requerendo assim atenção contínua (par. 18)[174]. Foi o seu parágrafo 13 o que melhor resumiu a nova visão da temática dos direitos humanos, ao dispor: "Uma vez que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais é impossível"[175].

Esta asserção de uma nova visão, global e integrada, de todos os direitos humanos, constitui a nosso ver a grande contribuição da I Conferência Mundial de Direitos Humanos para os desenvolvimentos subsequentes da matéria. A partir de então, estava o campo efetivamente aberto para a consagração da tese da interrelação ou indivisibilidade dos direitos humanos, retomada pela célebre resolução 32/l30 de 1977 da Assembleia Geral da ONU e endossada pelas subsequentes resoluções 39/145, de 1984,

174 United Nations. *Final Act of the International Conference on Human Rights* (Teheran, 22 de abril a 13 de maio de 1968). New York: U.N., 1968, doc. A/CONF.32/41, p. 1-61, e cf. esp., p. 6-18,

175 Texto da Proclamação de Teerã in: U.N., *Final Act...*, *op. cit. supra* N. 174, p. 3-5. Para um estudo a respeito, cf. A. A. Cançado Trindade, *Tratado...*, v. II, 2ª ed., *op. cit. infra* N. 178, cap. I, p. 77-84.

e 41/117, de 1986, da mesma Assembleia Geral – tese esta que desfruta hoje de aceitação virtualmente universal.

Transcorridos 25 anos, realizou-se a II Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena: tivemos a ocasião de participar da II Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas (Viena, 1993), na tríplice condição de membro (consultor jurídico) da Delegação do Brasil, de delegado do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, e de relator do Fórum Mundial das Organizações Não Governamentais (ONGs) – que a precedeu – do tema "Desenvolvimento, Democracia e Direitos Humanos". Preparamos, ademais, para a Conferência Mundial de Viena, o estudo *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en América Latina y el Caribe*, circulado na mesma como documento oficial das Nações Unidas[176].

Em seguida, nosso *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos* (em três tomos) contém um testemunho único do que ocorreu na Conferência Mundial de Viena, abarcando seus trabalhos preparatórios, sua realização e seu seguimento até nossos dias, e a essência de seu legado. Escrevemos os três primeiros capítulos no calor dos acontecimentos, tendo-os concluído ainda em Viena, aos 26 de junho de 1993, e os demais publicados pouco depois no Brasil[177]. Nos anos seguintes publicamos o relato detalhado de tudo o ocorrido na Conferência Mundial de Viena, à qual dediquei todo o primeiro volume de nosso referido *Tratado*[178]. Este *Tratado* é hoje um dos estudos mais completos existentes sobre a matéria – se não o mais completo, pois não nos consta haver outros do mesmo porte publicados em outros países e idiomas.

176 ONU, doc. A/CONF.157/PC/63/Add.3, de 18.03.1993, p. 1-137.

177 A. A. Cançado Trindade. Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993). *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, v. 87-90, 1993-1994, p. 9-57.

178 A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2ª ed., vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, p. 1-640, e cf. esp. p. 33-563.

Ao procedermos aqui tão só a um breve resumo dos resultados da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, cabe de início recordar que foi convocada após o fim da Guerra Fria e com o alívio das tensões que a acompanhavam; mas logo seguiu-se a era dos conflitos intraestatais, com numerosas vítimas, ressaltando a importância dos mecanismos de proteção dos direitos humanos das Nações Unidas e sistemas regionais. E buscou-se atualizar (na gestão do Secretário-Geral B. Boutros-Ghali) as operações das Nações Unidas, não só de manutenção como também de construção da paz[179]. O processo preparatório da Conferência Mundial de Viena foi denso, com as Reuniões Preparatórias regionais (africana, latino-americana e caribenha, e asiática) e as "reuniões satélites" (europeias, indiana e australiana)[180].

Ao iniciar-se, a II Conferência Mundial já contava com as "bases de discussão" elaboradas pelo Comitê Preparatório (que contou com a presença de 152 Estados, representantes de vários organismos internacionais e órgãos de direitos humanos da ONU, assim como de entidades da sociedade civil). Distintamente da I Conferência Mundial (1968, *supra*), a II Conferência Mundial (1993) pôde contar com a experiência acumulada nos últimos 25 anos na *operação* dos órgãos de supervisão internacionais; assumiu, assim, o encargo de avaliar esta experiência, examinar os problemas de coordenação dos instrumentos de proteção e os meios de aprimorá-los e dotá-los de maior eficácia.

A Conferência de Viena contou com a participação de delegações de 171 Estados (mais do que o dobro dos 84 países presentes na Conferência de Teerã), além de representantes

179 Cf., *e.g.*, A. A. Cançado Trindade. Recollections of Some Vitorian and Grotian Moments Shared with Boutros Boutros-Ghali. In: *Le 90e. anniversaire de Boutros Boutros-Ghali – Hommage du Curatorium à son Président/The 90th Birthday of Boutros Boutros-Ghali – Tribute of the Curatorium to Its President*. The Hague: Académie de Droit International de La Haye/Nijhoff, 2012, p. 33-51.

180 Cf. A. A. Cançado Trindade, *Tratado..., op.cit. supra* N. 178, cap. III, p. 165-204.

de organismos internacionais, órgãos da ONU e entidades da sociedade civil. A Conferência adotou seu documento final, a Declaração e Programa de Ação de Viena, aos 25 de junho de 1993, contendo duas partes operativas. A primeira retomou princípios básicos da maior importância, no marco da própria universalidade dos direitos humanos. A segunda (a mais longa e detalhada), dedicou-se à coordenação e racionalização no trabalho dos órgãos de supervisão dos direitos humanos das Nações Unidas.

O documento final *inter alia* conclamou à "ratificação universal" das cinco "convenções centrais" da ONU (os dois Pactos de Direitos Humanos, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção contra a Tortura, e a Convenção sobre os Direitos da Criança), e à adoção de Protocolos Adicionais, dotando a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher[181], e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de procedimentos sobre o direito de petição (adoção que veio a ocorrer nos anos seguintes). Reconheceu-se, assim, a necessidade de uma "adaptação continuada" dos mecanismos de direitos humanos às novas necessidades de proteção.

A Declaração de Viena também se voltou à necessidade de prontamente incorporar os instrumentos internacionais de direitos humanos e de direito internacional humanitário no direito interno dos Estados, de modo a assegurar-lhes a devida e plena implementação. Ligada a este ponto encontrava-se a questão da construção e fortalecimento das instituições diretamente vinculadas aos direitos humanos e ao Estado de Direito, consolidando uma sociedade civil pluralista e a proteção especial aos grupos vulneráveis.

181 Cf., *e.g.*, A. A. Cançado Trindade. O Acesso Direto da Pessoa Humana à Justiça Internacional. In: *Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – Cadernos Agende*, v. 1. Brasília: Agende, 2001, p. 45-74.

Hoje, decorridas quase duas décadas e meia desde a adoção do documento final da II Conferência Mundial, podemos identificar seu legado na atenção especial à proteção dos vulneráveis, e no reconhecimento da legitimidade da preocupação de todos, de toda a comunidade internacional, com as condições de vida da população em toda parte[182]. Em fins de 2017, decorrido outro quarto de século, ainda não se contempla a possibilidade da realização de uma III Conferência Mundial que, no entanto, seria de todo necessária no mundo violento em que vivemos, ou sobrevivemos. Cabe ter em mente o despertar da consciência humana, a partir da realização da II Conferência Mundial de Viena, para as necessidades especiais de proteção dos vulneráveis, e mesmo indefesos; e, ademais, a perene relevância do princípio básico da igualdade e não discriminação, sempre invocado, mas não suficientemente examinado pela doutrina jusinternacionalista até o presente, sobretudo ante a alentadora construção jurisprudencial a respeito[183].

9.11. Considerações finais

Já em meados do século XX dificilmente se poderia sustentar que a proteção dos direitos humanos recairia sob o domínio reservado dos Estados[184], como pretendiam certos círculos no passado[185]. O chamado "critério material ou objetivo", pelo qual

182 A. A. Cançado Trindade. *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013).* Fortaleza: IBDH/IIDH/SLADI, 2014, p. 13-356; A. A. Cançado Trindade. The International Law of Human Rights Two Decades After the II World Conference on Human Rights in Vienna in 1993. In: Y. Haeck *et alii* (eds.). *The Realisation of Human Rights: When Theory Meets Practice – Studies in Honour of Leo Zwaak*. Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia, 2013, p. 15-39.

183 Para um estudo recente, cf. A. A. Cançado Trindade. *El Principio Básico de Igualdad y No-Discriminación: Construcción Jurisprudencial*. Santiago de Chile: Ed. Librotecnia, 2013, p. 39-748.

184 Cf. considerações *supra*, acerca de alegações de domínio reservado e a proteção internacional de refugiados.

185 Lembre-se, por exemplo, que já nos debates da ONU de 1950, acerca do projeto do Pacto de Direitos Humanos, uma das delegações presentes alegou que toda a sessão relativa às medidas de implementação (artigos 19-41) do Projeto do Pacto constituía uma "intervenção nos assuntos

existiriam matérias que "por sua própria natureza" pertenceriam ao domínio reservado dos Estados, passou a ser visto como sem o menor fundamento, dado que já se reconhecia ser esta uma questão evolutiva que dependia essencialmente do desenvolvimento do direito e relações internacionais e da existência de instrumentos como tratados regulamentando as matérias em questão.

Em relatório que preparamos para o Centro de Pesquisas da Academia de Direito Internacional da Haia (1974), posteriormente publicado na Inglaterra (1976), pudemos constatar nos dados examinados que, nas três décadas anteriores, a prática dos órgãos internacionais – particularmente os órgãos políticos, que mais do que os judiciais têm contribuído para clarificar o conceito de domínio reservado dos Estados – tinha se orientado no sentido de afirmar sua própria competência para lidar, no exercício normal de suas funções, com assuntos de interesse internacional. Assim, objeções de domínio reservado não lograram impedir a inclusão de assuntos de *international concern* na agenda de órgãos internacionais para debate no plano internacional, acarretando dessa forma um processo contínuo de gradual redução de situações que antes eram consideradas como pertencentes ao domínio exclusivo dos Estados[186].

A prática internacional da época apontava no sentido de que cabe aos órgãos internacionais, e não aos Estados em questão, determinar no exercício de suas funções as matérias passíveis de exame e debate a nível internacional e as pertencentes ao domínio

internos dos Estados", argumento este rejeitado pela Comissão de Direitos Humanos da ONU. Cf. *Repertory of Practice of United Nations Organs*, v. I, p. 101-103; pars. 208-215 (argumentos da delegação da URSS). É desnecessário insistir no fato de que as obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos são contraídas pelos Estados em pleno exercício de sua soberania. Ademais, não fornece o direito internacional *critérios* para determinar os assuntos que porventura recaiam sob a competência exclusiva dos Estados, a Carta da ONU, por exemplo, não contém procedimento algum para a aplicação de seu artigo 2º(7).

186 A. A. Cançado Trindade, "The Domestic Jurisdiction...", *op. cit. supra* N. 131 (1ª citação), p. 715-765.

reservado dos Estados, tudo indicando que nos próximos anos a interpretação prevalecente seja a favor de tornar os Estados *responsáveis* por seu comportamento afetando a chamada "sociedade internacional" em áreas de interesse internacional[187]. Tal orientação veio a conformar-se aos objetivos dos experimentos de proteção internacional de direitos humanos, que se encontram diretamente voltados não para os chamados direitos dos Estados, mas para os direitos dos mais fracos, das vítimas, que, no mais das vezes, são simples cidadãos carentes de recursos materiais e que se encontram em situação de flagrante desigualdade fática *vis-à-vis* os supostos transgressores de seus direitos básicos.

A proteção de direitos humanos dentro das Nações Unidas gradualmente se consolidou na atuação de quatro órgãos internos especializados (além do ACNUR e das agências especializadas). A antiga Subcomissão de Prevenção da Discriminação e Proteção de Minorias se notabilizou principalmente pelos valiosos estudos realizados sob seus auspícios, alguns dos quais de alto nível[188]. O Comitê de Direitos Humanos e o CERD vieram a prestar uma grande contribuição na implementação de direitos humanos nos anos seguintes, por terem seus mandatos claramente *especificados*, respectivamente, pelo Pacto de Direitos Civis e Políticos (e Protocolo Facultativo) e pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. O quarto órgão, a antiga Comissão de Direitos Humanos, veio a confrontar-se com o problema de uma agenda demasiadamente pesada.

Ilustração enfática é fornecida pela agenda provisória da 35ª sessão da Comissão, de 12 de fevereiro a 16 de março de 1979,

187 *Ibid.*, p. 715-765; e cf. também A. A. Cançado Trindade, "Domestic Jurisdiction and...", *op. cit. supra* N. 131 (2ª citação), p. 123-158.

188 *E.g.*, H. Santa Cruz. *Racial Discrimination*. 2ª ed. rev. N.Y.: ONU, 1977, p. 1-284; M. A. Abu Rannat. *Study of Equality in the Administration of Justice*. N.Y.: ONU, 1972, p. 1-270; M. Ganji. *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Problems, Policies, Progress*. N.Y.: ONU, 1975, p. 1-312.

contendo nada menos de 29 itens[189]. Alguns desses itens, *per se* vastíssimos, já seriam suficientes para esgotar o curto período da sessão, a saber: realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, particularmente nos países em desenvolvimento[190] (item 8); direitos humanos e desenvolvimentos científico-tecnológicos (item 15); direitos humanos de trabalhadores migrantes (item 14) e de indivíduos que *não* são cidadãos do país em que vivem (item 24); violações de direitos humanos em regimes de discriminação racial (itens 6, 7, 16, 20 e 25); sistemas de relatórios periódicos (itens 19 e 22) e reclamações (item 27) sobre direitos humanos; direitos humanos de pessoas sujeitas a detenção ou prisão (item 10), e de pessoas pertencentes a minorias nacionais, étnicas, religiosas e linguísticas (itens 22 e 23); *status* dos Pactos de Direitos Humanos (item 21) e questão de uma convenção sobre direitos da criança (item 13); dentre outros (cf., *e.g.*, itens 4, 5 e 11).

Aos poucos se tornou claro que, com este volume de trabalho, dificilmente teria a antiga Comissão – hoje sucedida pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU – condições de continuar a examinar ao longo dos anos tantos temas com profundidade[191], além de sobrecarregar a antiga Divisão de Direitos Humanos da ONU

189 ONU, doc. E/CN.4/1297/Add.1/Rev.1, de 1979, p. 1-33.

190 É pertinente aqui mencionar o relatório (de 1979) do secretário-geral intitulado *The International Dimensions of the Right to Development as a Human Right ia Retation with Other Human Rights Based on International Cooperation, Including the Right to Peace, Taking into Account the Requirements of the New International Economic Order and the Fundamental Human Needs*, ONU, doc. E/CN.4./1334, de 2 de janeiro de 1979, p. 3-161.

191 Cf. propostas e sugestões para o futuro trabalho da Comissão, in: ONU, doc. E/CN.4/1273, de 1977, p. 1-25. Cf. outros dados acerca do trabalho na época da Comissão in: ONU, doc. E/1978/34-E/CN.4/1292, *Comisión de Derechos Humanos: Informe sobre el 34º Período de Sesiones* (1978), p. 1-188. Quanto à proposta, ainda não concretizada na época, de criação de um Alto Comissário da ONU para os Direitos Humanos, cf., *e.g.* R. S. Clark. *A United Nations High Commissioner for Human Rights*. The Hague: M. Nijhoff, 1972, p. 1-166; e cf. comentário A United Nations High Commissioner for Human Rights: the Decline and Fall of an Iniciative. *Canadian Yearbook of International Law*, v. 10, 1973; a proposta, no entanto, permaneceu então novamente perante a antiga Comissão de Direitos Humanos da ONU, e viu enfim a luz do dia na II Conferência Mundial de Direitos Humanos da ONU (Viena, 1993 – cf. *infra*).

– seguida do Centro de Direitos Humanos da ONU, e, na atualidade, do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) – com a preparação dos dados e materiais (documentos de base) para as sessões anuais da então Comissão.

A multiplicação de órgãos e procedimentos de implementação de direitos humanos nos âmbitos global e regional acarretou certamente dificuldades como as anteriormente examinadas, que se mostraram inevitáveis durante a evolução cuidadosa e gradual dos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos. Mesmo ante esta evolução, mostrou-se indicada a manutenção do *sistema da resolução* 1503 (do ECOSOC), por independer da ratificação dos Estados-membros da ONU e por cobrir os casos mais graves e urgentes de situações de violações consistentes e flagrantes de direitos humanos.

Cedo se deram conta os justiciáveis da possibilidade de recorrer, sob certas condições, a órgãos de proteção tanto da ONU como dos sistemas regionais de direitos humanos[192]. Há, enfim, que se mencionar a existência de problemas – identificados já na década de setenta – de natureza linguística na interpretação e aplicação de certos dispositivos de instrumentos como a Convenção Europeia

192 M. Tardu. Quelques questions relatives à la coexistence des procédures universelles et régionales de plainte individuelle dans le domaine des droits de l'homme. *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal*, v. 4, 1971, p. 589-625; M. A. Eissen. Convention européenne des droits de l'homme et Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques: problèmes de coexistence. *Zeitschrift für ausländisches öffen-tliches Recht und Völkerrecht*, v. 30, 1970, p. 237-262; M. Tardu. The Protocol to the U.N. Covenant on Civil and Political Rights and the Inter-American System: a Study of Co-Existing Petition Procedures. *American Journal of International Law*, v. 70, 1976, p. 778-800; Conseil de l'Europe, doc. H(70)7. *Problems Arising from the Co-Existence of the U.N. Covenants on Human Rights and the European Convention on Human Rights*. Strasbourg, 1970, p. 1-93.

de Direitos Humanos[193]. A antiga Divisão de Direitos Humanos da ONU já se mostrava atenta à questão[194].

A par das dificuldades práticas acarretadas pela multiplicação dos mecanismos de implementação, havia no entanto que se admitir serem eles o reflexo de uma generalização da proteção internacional dos direitos humanos[195]; na ponderação perspicaz de Eustathiades, a consideração da personalidade humana na verdade se sobrepõe à elaboração dos métodos de aplicação da responsabilidade estatal por violação das obrigações relativas aos direitos humanos; já não mais se tratava de experimentos isolados e imediatistas como os que outrora beneficiavam apenas certas categorias limitadas de indivíduos e grupos sociais[196]. Vasak chegou mesmo a sugerir na época a configuração de um "direito internacional dos direitos humanos", já dotado de conteúdo e especificidade próprios[197].

Na mesma época, identificamos alguns pontos em pesquisa originalmente publicada no *Archiv des Völkerrechts* da Alemanha, aplicados ao presente estudo. Como se pode depreender do anteriormente exposto, a implementação *internacional* dos direitos

193 Sobre, por exemplo, a interpretação e aplicação do artigo 6º(1) da Convenção Europeia, no que concerne à expressão "droits et obligations de caractère civil/civil rights and obligations", cf. C. Rasenack. "Civil Rights and Obligations" or "Droits et obligations de caractère civil" – Two Crucial Legal Determinations in Article 6º (1) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal*, v. 3, 1970, p. 51-82; A. A. Cançado Trindade. La méthode cornparative en droit international – Une perspective européenne. *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, v. 55, 1977, p. 280-282 e 286.

194 Cf. J. Humphrey. Human Rights, the United Nations and 1968. *Journal of the International Commission of Jurists*, v. 9, 1968, p. 12, 89, 91 e 100.

195 Conforme advogada por Scelle já em 1933-1934; cf. G. Scelle, *op. cit. supra* N. 3, p. 252-255; G. Scelle. Règles générales du droit de la paix. *RCADI*, v. 46, (1933), p. 656-661.

196 C.Th. Eustathiades. Les sujets du droit international et la responsabilité internationale – nouvelles tendances. *RCADI*, v. 84, 1953, p. 563 e 614.

197 K. Vasak. Le droit international des droits de l'homme. *RCADI*, v. 140, 1974, p. 343-414; e cf. K. Vasak. Prefácio do *Manuel UNESCO des droits de l'homme – Les dimensions internationales des droits de l'homme*. UNESCO, 1976, p. II-IV (edição experimental mimeografada).

humanos depende, em última análise, do funcionamento eficaz dos órgãos (de proteção) *internos* dos Estados[198]. Já em 1932 Witenberg ressaltava essa mesma realidade[199]. Em relação aos Estados que contraem obrigações através de convenções internacionais, o mínimo que se podia sustentar é que os atos internos, normativos, administrativos ou jurisdicionais no processo de esgotamento dos recursos de direito interno não estavam isentos de verificação quanto a seu valor de prova, para a determinação de sua conformidade com o direito internacional e da responsabilidade internacional do Estado, e uma objeção de domínio reservado dificilmente poderia ser interposta a esse respeito.

As possíveis controvérsias sobre a natureza e alcance da função dos tribunais internos na aplicação do direito internacional podiam ser minimizadas quando as condições de tal aplicação (assim como as normas substantivas) encontravam-se consignadas em tratado devidamente ratificado. No exercício daquela função seriam pressupostos básicos a independência dos órgãos judiciários (de influências externas) e a eficácia dos recursos internos. Essas considerações abriram um campo fértil de pesquisa aos juristas.

Assim, ao invés de se perder no antagonismo irreconciliável e ocioso entre as posições clássicas dualista e monista, baseadas em falsas premissas, passou-se a deslocar a ênfase para a posição ocupada no ordenamento jurídico interno pelos dispositivos legais internacionais, ou para o exame ou interpretação do direito interno pelos órgãos judiciais internacionais, ou para a presença e relevância do direito interno no processo legal internacional, ou

198 Cf. A. A. Cançado Trindade. Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts. *Archiv des Völkerrechts*, v. 17, 1977-1978, p. 345-348; e cf. G. Dahm. Die Subsidiarität des Internationalen Rechtsschutzes bei völkerrechtswidriger Verletzung von Privatpersonen. In: *Vom Deutschen zum Europäischen Recht – Festschrift für Hans Dölle*, v. II. Tubingen: J. C. B. Mohr (P. Siebeck), 1963, p. 3-33.

199 J.C. Witenberg. La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales. *RCADI*, v. 41, 1932, p. 51-56.

para a implementação das decisões judiciais internacionais pelos tribunais internos[200]. Controvérsias acerca da suposta "primazia" de uma, ou outra, ordem jurídica, tornaram-se assim supérfluas.

Um exemplo pertinente, na implementação internacional dos direitos humanos, é fornecido pela regra do esgotamento dos recursos internos, que é primordialmente – mas não exclusivamente – uma prerrogativa do direito interno, mas aplicada por um órgão internacional como condição de admissibilidade de reclamações internacionais; a aplicação da regra no direito internacional pressupõe a existência de recursos eficazes no direito interno[201]. Através dessa interação entre os dois ordenamentos jurídicos[202] pode-se melhor compreender a noção de "garantia coletiva" subjacente, *e.g.*, aos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos[203].

Há uma complementaridade de direitos e deveres na utilização dos recursos internos pelos reclamantes e na garantia de recursos eficazes pelo Estado. É pela operação efetiva dos mecanis-

200 A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* N. 198, p. 333-360, e bibliografia. Sobre a atividade criativa dos tribunais internos nessa área, cf., *e.g.*, Karl Doehring. "Does General International Law Require Domestic Judicial Protection Against the Executive?. *Gerichtsschutz gegen die Exekutive*, Max-Planck-Institut. Köln: Heymanns/Oceana, 1971, p. 221-244.

201 A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* N. 198, p. 334.

202 Cf., a respeito, A. A. Cançado Trindade. *Reflexiones sobre la Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos* (Colección Cuadernos de Derechos Humanos, v. 3-95). Guatemala: Ed. del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, 1995, p. 3-41; A. A. Cançado Trindade. La Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos. In: L. Gonzalez Volio (ed.). *El Juez y la Defensa de la Democracia*. San José de Costa Rica: IIDH/CEE, 1993, p. 233-270.

203 A importância que passou a ser atribuída à interação entre os ordenamentos jurídicos nacional e internacional na proteção dos direitos humanos foi ilustrada, *e.g.*, pela publicação, em relação à Convenção Europeia de Direitos Humanos, da volumosa série *Collection of Decisions of National Courts Referring to the Convention* (e Suplementos I-IV), Council of Europe – Strasbourg, 1969-1974, examinada in: A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* N. 194, p. 333-374. Observe-se, ademais, que o último volume do *U.N. Yearbook on Human Rights* (1973-1974), editado em 1977, tem 259 de suas 327 páginas dedicadas aos desenvolvimentos *nacionais* na proteção dos direitos humanos; e a Divisão de Direitos Humanos da ONU realizou, em 1978, em Genebra, um Seminário Internacional sobre o tema "National and Local Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights"; cf. ONU, doc. ST/HR/SER.A/2, p. 1-49.

mos de implementação que os direitos humanos se tornam uma realidade[204]. Insistindo na função primordial dos órgãos internos dos Estados, os mecanismos de implementação internacional dos direitos humanos vieram a influenciar, ao longo do tempo, no sentido do aprimoramento dos recursos e procedimentos nacionais de administração da justiça, e a prestar assim uma contribuição valiosa à causa da proteção internacional dos direitos humanos.

Em conferência pronunciada em 1962, McNair recusava-se a ingressar na polêmica se a pessoa humana era sujeito ou simplesmente objeto de direitos e obrigações internacionais; para ele, o que importava eram os *recursos* de que dispunha a pessoa humana para fazer valer seus direitos perante os órgãos competentes, e isto dependia em grande parte da constituição e dos poderes de tais órgãos[205]. De nossa parte, já naquela época iniciávamos nossa trajetória acadêmica por trilha distinta[206], e passamos, ao longo dos anos, em sucessivos estudos, a sustentar a condição dos indivíduos como verdadeiros sujeitos do direito

204 A. A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* N. 198, p. 360-370; e cf. P. Mertens. *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas deviolation d'un droit de l'homme*. Bruxelas: Ed. Université de Bruxelles, 1973, p. 1-151.

205 *Lord McNair: Selected Papers and Bibliography*. Leyden: Sijthoff/Oceana, 1974, p. 329. Cf. também considerações in: H. Lauterpacht, *op. cit. supra* N. 19, p. 54-56 e 48; F. Longchamps. Sur le problème du droit subjectif dans les rapports entre l'individu et le pouvoir. In: *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, v. I. Paris: Dalloz/Sirey, 1961, p. 319, e cf. também p. 305.

206 A. A. Cançado Trindade. *Fundamentos Jurídicos dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Ed. Faculdade de Direito da UFMG, 1969, p. 1-55; e cf., em seguida, A. A. Cançado Trindade. A Implementação Internacional dos Direitos Humanos ao Final da Década de Setenta. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 28, 1979, p. 331-384; A. A. Cançado Trindade. I Diritti dell'Uomo nella Prassi della Commissione Europea e della Commissione Interamericana. *Bollettino degli Interessi Sardi* – Sassari/Itália, v. 37, n. 1, 1983, p. 93-101; A. A. Cançado Trindade. A Evolução Doutrinária e Jurisprudencial da Proteção Internacional dos Direitos Humanos nos Planos Global e Regional: As Primeiras Quatro Décadas. *Revista de Informação Legislativa* – Senado Federal/Brasília, v. 23, n. 90, 1986, p. 233-288; A. A. Cançado Trindade. The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century. *Columbia Human Rights Law Review* – New York, v. 30, 1998 n. 1, p. 1- 27.

internacional, dotados de personalidade e capacidade jurídicas internacionais[207].

Enfim, como já assinalado, os instrumentos de proteção da pessoa humana a níveis global (ONU) e regional são essencialmente complementares, operando no marco conceitual da universalidade dos direitos humanos. Com efeito, as duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerã, 1968, e Viena, 1993) formam parte de um processo mais amplo precisamente de construção de uma "cultura universal" dos direitos humanos. A Conferência Mundial de Teerã, realizada pouco depois da adoção dos dois Pactos de Direitos Humanos, contribuiu para inaugurar a fase de real implementação dos instrumentos universais a partir de uma visão global dos problemas existentes no campo dos direitos humanos, a partir da asserção da tese da interdependência e indivisibilidade de todos os direitos humanos.

207 A. A. Cançado Trindade. El Acceso Directo de los Individuos a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos. In: *XXVII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* – OEA, 2000, p. 243-283; A. A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos..., op. cit. supra* N. (167), p. 9-104; A. A. Cançado Trindade. A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional. In: *Jornadas de Derecho Internacional* (Cidade do México, dez. 2001). Washington: D.C., Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, 2002, p. 311-347; A. A. Cançado Trindade. The Emancipation of the Individual from His Own State – The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations. In: S. Breitenmoser *et alii* (eds.). *Human Rights, Democracy and the Rule of Law - Liber Amicorum Luzius Wildhaber*. Zürich/Baden-Baden: Dike/Nomos, 2007, p. 151-171; A. A. Cançado Trindade. La capacité juridique internationale de l'individu dans le système interaméricain de protection des droits de la personne humaine. In: *Soberanía del Estado y Derecho Internacional – Homenaje al Profesor J. A. Carrillo Salcedo*. Sevilla: Universidades de Sevilla/Córdoba/Málaga, 2005, p. 293-316; A. A. Cançado Trindade. La Persona Humana como Sujeto del Derecho Internacional: Consolidación de Su Posición al Inicio del Siglo XXI. In: *Democracia y Libertades en el Derecho Internacional Contemporáneo* (Libro Conmemorativo de la XXXIII Sesión del Programa Externo de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Lima, 2005). Lima: Academia de Derecho Internacional de La Haya/IDEI (PUC/Peru), 2006, p. 27-76; A. A. Cançado Trindade. A Pessoa Humana como Sujeito do Direito Internacional: A Experiência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: C. A. Menezes Direito; A. A. Cançado Trindade; A. C. Alves Pereira (eds.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em Homenagem ao Prof. Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Edit. Renovar, 2008, p. 495- 532; A. A. Cançado Trindade. The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 1, 2012, p. 8-59; A. A. Cançado Trindade. *A Humanização do Direito Internacional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2015, caps. V e X-XI, p. 125-133 e 187-268.

Já a Conferência Mundial de Viena, distintamente da de Teerã, pôde contar com a experiência acumulada nos 25 anos precedentes na operação dos órgãos de supervisão internacionais. Teve, assim, o encargo de avaliar esta experiência, examinar os problemas de coordenação dos múltiplos instrumentos de proteção e os meios de aprimorá-los e dotá-los de maior eficácia. A Proclamação de Teerã de 1968 corresponde à fase legislativa, a Declaração de Viena de 1993 à fase de implementação, desses instrumentos múltiplos: cada uma é fruto, e dá testemunho, de seu tempo. A Conferência Mundial de Viena afirmou de modo inequívoco a legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com a promoção e proteção dos direitos da pessoa humana por todos e em toda parte. Na rota de Teerã a Viena, foi este sem dúvida um passo adiante, para acelerar o *processo de construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos*[208].

208 Cf. A. A. Cançado Trindade. *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial..., op. cit. supra* N. 182, p. 47, 50, 52, 69 e 77-78.

CAPÍTULO 10
CONCLUSÕES: OS PRINCÍPIOS BÁSICOS NOS FUNDAMENTOS DO DIREITO INTERNACIONAL

O direito internacional tradicional, que prevalecia há um século atrás, caracterizado pelo excessivo voluntarismo estatal, não foi capaz de evitar o recurso à força, nem a intensificação da produção e de armas de destruição em massa, nem as violações graves e flagrantes dos direitos da pessoa humana em todas as regiões do mundo, nem as atrocidades perpetradas ao longo do século passado. Estas últimas, no entanto, não lograram impedir o despertar da consciência jurídica universal para a necessidade da reconceitualização – tal como demonstramos em nosso Curso Geral de Direito Internacional Púbico na Academia de Direito Internacional da Haia em 2005[1] – dos próprios fundamentos do ordenamento jurídico internacional.

Efetivamente, como se pode depreender dos nove capítulos anteriores do presente livro, os princípios gerais do direito

1 A.A. Cançado Trindade. International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* – General Course on Public International Law – Part I. *Recueil des Cours de l´Académie de Droit International de La Haye*, v. 316, 2005, p. 31-439; A. A. Cançado Trindade. International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* – General Course on Public International Law – Part II. *Recueil des Cours de l´Académie de Droit International de La Haye*, v. 317, 2005, p. 19-312.

encontram-se inelutavelmente ligados aos próprios fundamentos do direito internacional. Como temos sustentado ao longo das últimas décadas, em nossos livros e votos sucessivamente em dois tribunais internacionais, tais princípios informam e conformam as normas e regras do direito internacional, gerando sua evolução.

Tais princípios são uma manifestação da consciência jurídica universal, como fonte *material* última do direito internacional. Tais princípios vão bem mais além de uma "fonte" formal do direito internacional, tais como as elencadas no artigo 38 do Estatuto da CIJ. No *jus gentium* em evolução, considerações básicas de humanidade têm um importante papel a exercer; em nossa percepção, os princípios gerais do direito têm inspirado não só a interpretação e aplicação de suas normas, mas inclusive sua própria formação, o próprio processo legiferante.

Há determinados princípios gerais do direito que são verdadeiramente fundamentais, identificados com os próprios fundamentos do sistema jurídico, conformando o *substratum* deste último. Têm estado sempre presentes na busca da realização da justiça[2]. Têm sido continuamente reiterados, e retêm sua plena validade em nossos dias. O direito internacional encontra-se orientado aos *justiciables* (cf. *infra*), e em seus fundamentos encontram-se os princípios básicos.

Há um ponto que não poderia passar aqui despercebido. Em nosso Voto Dissidente na CIJ, no caso das *Imunidades Jurisdicionais do Estado* (Alemanha *versus* Itália, e Grécia interveniente; mérito, sentença de 3/2/2012), sustentamos precisamente o primado do direito de acesso à justiça sobre a invocação indevida de imunidades do Estado face a crimes internacionais (como as atrocidades

2 A. A. Cançado Trindade. *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*. 2ª ed. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2017, p. 1-467; A. A. Cançado Trindade. *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2013, p. 7-185.

nazistas perpetuadas na Itália e na Grécia, em 1943-1945)[3]. Não há controvérsia que possa ser resolvida pelo *summum jus, summa injuria*. Situações de continuada injustiça são insustentáveis. Direito e justiça são, em nosso entender, indissociáveis; é nesse sentido que temos atuado, nas três últimas décadas, sucessivamente em duas jurisdições internacionais.

A corrente juspositivista tem sempre tentado, em vão, minimizar o papel exercido pelos princípios gerais do direito, mas a verdade é que, sem eles, não há efetivamente sistema jurídico algum, nacional ou internacional. Dão eles expressão à ideia de uma *justiça objetiva*, como expressão da consciência a jurídica universal – própria do jusnaturalismo – e abrindo o caminho a um direito internacional universal, o novo *jus gentium*, o direito internacional para a humanidade[4].

Os princípios gerais do direito internacional, projetados no tempo e reiterados nas últimas décadas, retêm sua plena validade e prevalência em nossos dias. É o caso, por exemplo, do princípio fundamental da proibição da ameaça ou uso da força nas relações internacionais, que conta com reconhecimento judicial. O uso da força fora do âmbito da Carta das Nações Unidas, violatório de tal princípio fundamental, na verdade não gera uma "nova prática": ao invés disso, compromete a responsabilidade internacional dos que

3 A. A. Cançado Trindade. *La Protección de la Persona Humana frente a los Crímenes Internacionales y la Invocación Indebida de Inmunidades Estatales*. Fortaleza: IBDH/IIDH/SLADI, 2013, p. 5-305. E, sobre o primado do direito de acesso à justiça, cf. também A.A. Cançado Trindade. *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*. 2ª. ed. Santiago de Chile: Ed. Librotecnia, 2012, p. 79-574; A. A. Cançado Trindade. Évolution du Droit international au droit des gens – *L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d´un juge*. Paris: Pédone, 2008, p. 1-187; A. A. Cançado Trindade. *The Access of Individuals to International Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 1-236.

4 A. A. Cançado Trindade. *International Law for Humankind – Towards a New Jus Gentium*. 2ª ed. rev. Leiden/The Hague: Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013, p. 1-726; A. A. Cançado Trindade. *Le Droit international pour la personne humaine*. Paris: Pédone, 2012, p. 45-368; A. A. Cançado Trindade. *La Humanización del Derecho Internacional Contemporáneo*. México: Edit. Porrúa/IMDPC, 2014, p. 1-324.

cometeram tal violação. O primado do direito internacional sobre a força é um dos pilares do direito internacional contemporâneo, e um imperativo do *jus cogens*.

Em nosso Voto Arrazoado no Parecer da CIJ (de 22/7/2010) sobre a *Declaração de Independência do Kossovo*, tivemos a ocasião de assinalar, *inter alia*, precisamente a relevância dos princípios do direito internacional no âmbito do Direito das Nações Unidas, e em relação aos *fins humanos* do Estado[5], levando ademais à superação do tradicional paradigma estritamente interestatal no direito internacional contemporâneo. Não se pode esquecer que os Estados foram historicamente criados para os seres humanos. O novo *jus gentium* de nossos tempos encontra-se centrado não nos Estados, mas sim nos seres humanos, mantendo em mente as necessidades da comunidade internacional como um todo.

A própria formação do direito internacional vai hoje bem além da consideração das "fontes" formais do direito internacional; estas últimas nunca pretenderam ser exaustivas, e o recurso às mesmas não tem sido mais do que um exercício de um positivismo analítico superado, que nunca encontrou nem forneceu uma explicação convincente da validade das normas jurídicas internacionais. Tais "fontes" formais se equivalem aos meios pelo quais se tem formado o direito internacional.

A formação do direito internacional contemporâneo constitui um processo bem mais amplo do que a formulação e reconhecimento de suas "fontes" formais, buscando a legitimidade das normas internacionais através da expressão da *opinio juris communis* (indo bem além do elemento subjetivo do costume)[6], assim como a

5 Parágrafos 177-211 do nosso referido Voto Arrazoado.

6 A. A. Cançado Trindade. *International Law for Humankind – Towards a New Jus Gentium*. 2ª ed. rev. Leiden/The Hague: Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013, p. 134-138 e 191-193; e cf, p. 59 e 631.

realização do bem comum da comunidade internacional como um todo. Caminhamos rumo a um direito internacional universal, o novo *jus gentium*, emanando em última análise da consciência jurídica universal, sua fonte material última, situada bem acima da "vontade" dos sujeitos de direito (entre os quais os Estados).

A consideração tão só das "fontes" formais do direito internacional deixa de tomar em conta a questão básica da validade do direito internacional e o *substratum* das normas jurídicas (crenças, valores, éticas, ideias, aspirações humanas. Em nosso entendimento, não é possível considerar o ordenamento jurídico fazendo abstração da ética. Daí a necessidade de examinar as "fontes" formais juntamente com a fonte material última do direito internacional, a consciência jurídica universal, também para capacitá-lo a enfrentar os novos desafios de nossos tempos.

A *recta ratio* encontra-se profundamente arraigada no pensamento humano, e invocações reiteradas da consciência jurídica universal (indo bem além do positivismo jurídico) podem ser encontradas, para a identificação de uma *opinio juris communis*, nos tratados (incluindo sua elaboração, na projeção histórica da cláusula Martens, nos procedimentos judiciais e na jurisprudência internacional, nas resoluções das Nações Unidas, e, em suma, na corrente sedimentada, ao longo de muitas décadas, da mais lúcida doutrina jus internacionalista.

Efetivamente, não se pode estudar o direito internacional fazendo abstração de seus fundamentos, nem estudar seus fundamentos fazendo abstração de seus princípios básicos. Os princípios do direito internacional, ao permear todo o seu *corpus juris*, o tornam um verdadeiro sistema normativo. Em suma, o ordenamento jurídico internacional tem-se erguido com fundamento nos princípios gerais do direito, emanados da razão (na linha do jusnaturalismo) e não da simples "vontade" (como supõem os jus positivistas).

É o que vem sustentando, ao longo das décadas, a mais lúcida doutrina jus internacionalista latino-americana, desde seus primórdios no século XIX[7], até a atualidade no século XXI[8]. Os princípios básicos revelam os valores e fins últimos do ordenamento jurídico internacional, a orientá-lo e protegê-lo contra as incongruências da prática dos Estados, e a atender as necessidades da própria comunidade internacional[9]. Os referidos princípios, ao emanar da consciência humana e não da "vontade" dos Estados, dão expressão à ideia da justiça *objetiva* (na melhor linha do pensamento jusnaturalista), em benefício da comunidade internacional como um todo.

Constatamos, em nossos tempos, em meio à superação da antiga visão interestatal do ordenamento jurídico internacional, a gradual expansão da responsabilidade internacional, a par da personalidade e capacidade jurídicas internacionais, acompanhadas da expansão da jurisdição internacional. Em meio a esta última, os tribunais internacionais contemporâneos têm dado testemunho do reconhecimento da personalidade e capacidade jurídicas internacionais do indivíduo, para vindicar os direitos que lhe são inerentes como ser humano, inclusive *vis-à-vis* seu próprio Estado. Com isto, têm operado no sentido também da ampliação do capítulo da *responsabilidade* internacional: assim, a par da responsabilidade internacional dos Estados (capítulo VI, *supra*), afirmam-se hoje também as responsabilidades das organizações internacionais (capítulo VIII, *supra*), assim como dos indivíduos (capítulo IX, *supra*).

7 Andrés Bello. *Principios de Derecho Internacional*. 3ª ed. Paris: Libr. de Garnier Hermanos, 1873, p. 11-12 (a razão, à luz da experiência, e tendo em mente o bem comum).

8 A. A. Cançado Trindade. *A Humanização do Direito Internacional*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2015, capítulo I, p. 3-27 (a *recta ratio* nos fundamentos do *jus gentium* como direito internacional da humanidade).

9 A. A. Cançado Trindade. Foundations of International Law: The Role and Importance of its Basic Principles. In: *XXX Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* – OEA, 2003, p. 367.

A subjetividade internacional dos indivíduos passa, assim, a vincular-se inelutavelmente à temática da responsabilidade internacional (limitada no passado à dos Estados, e recentemente ampliada à das organizações internacionais)[10]. Os seres humanos passam a figurar como sujeitos, tanto *ativos* (ante os tribunais internacionais de direitos humanos), como *passivos* (ante os tribunais penais internacionais), do direito internacional. Há anos venho externando meu entendimento no sentido de que o legado mais precioso do pensamento jus internacionalista da segunda metade do século XX reside na consolidação da personalidade (ativa) e capacidade jurídicas internacionais da pessoa humana[11].

A atual expansão da jurisdição internacional aumenta o número dos *justiciáveis* em nível internacional (ante a multiplicidade dos tribunais internacionais contemporâneos), com a concomitante expansão da *personalidade* internacional assim como da *responsabilidade* internacional. No tocante à missão comum dos referidos tribunais, são alentadores os avanços atinentes ao direito de acesso direto à justiça no plano internacional, sempre da perspectiva dos *justiciáveis*.

É este um desenvolvimento contemporâneo altamente significativo, devido ao despertar da consciência humana para sua importância; e, tal como vimos, assinalando ao longo dos anos, a consciência humana é, em última análise, a fonte *material* última de todo o Direito[12]. A temática da multiplicidade dos tribunais internacionais contemporâneos e da busca da realização da justiça

10 Cf. A. A. Cançado Trindade. *Direito das Organizações Internacionais*. 5ª ed. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2012, cap. XXVII, p. 611-619; e cf. p. 705-723.

11 Cf. A. A. Cançado Trindade. *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional – Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 4ª ed. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2017, p. 1-441.

12 A. A. Cançado Trindade. International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* – General Course on Public International Law – Part I. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 316, 2005, p. 177-202; A. A. Cançado Trindade. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2006, p. 3-409.

no plano internacional, tem efetivamente assumido posição de destaque na agenda internacional nesta segunda década do século XXI.

A coexistência, no direito internacional contemporâneo, dos múltiplos tribunais internacionais operando de modo coordenado nesta segunda década do século XXI[13], tem aumentado consideravelmente o número de *justiciáveis*, em todos os recantos do mundo, mesmo nas condições mais adversas[14], e inclusive em relação a crimes de massa[15]. O labor dos múltiplos tribunais internacionais contemporâneos pode assim ser apreciado da perspectiva dos próprios *justiciáveis*[16]. Este labor, sinal de nossos tempos, mostra-se essencial e imprescindível à gradual realização, à luz dos princípios básicos, do antigo ideal da justiça internacional assim como à construção de um mundo mais justo. Enfim, a consciência jurídica universal é, em nosso entendimento, a fonte *material* última do direito internacional verdadeiramente universal, o novo *jus gentium*, o direito internacional para a humanidade.

13 Cf. A. A. Cançado Trindade. *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, *op. cit. supra* N. 2, p. 1-467.

14 Cf. A. A. Cançado Trindade. *A Visão Humanista da Missão dos Tribunais Internacionais Contemporâneos*. The Hague/Fortaleza: IBDH/IIDH, 2016, p. 11-283.

15 Cf., e.g. [Vários Autores] O. de Frouville (ed.). *Punir les crimes de masse: entreprise criminelle commune ou co-action*? Bruxelles: Nemesis/Anthemis, 2012, p. 13-232.

16 A. A. Cançado Trindade. *Évolution du Droit international au droit des gens – L´accès des particuliers à la justice internationale...*, *op. cit. supra* N. 3, p. 1-187.

APÊNDICE

Relação de obras do Autor[1]

1. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. I. Porto Alegre: S. A. Fabris Ed., 1997, p. 1-486 (1ª ed. esgotada); v. I. Porto Alegre: S. A. Fabris Ed., 2003, p. 1-640 (2ª ed).
2. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. II. Porto Alegre: S. A. Fabris Ed., 1999, p. 1-440 (esgotado).
3. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. III. Porto Alegre: S. A. Fabris Ed., 2003, p. 1-663.
4. *Developments in the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, em 2 volumes, 15 capítulos, 1.728 páginas (circ. interna): Tese premiada com o Yorke Prize, concedido pela Faculdade de Direito da Universidade de Cambridge, Inglaterra, como a melhor das teses de Ph.D. defendidas naquela Universidade na área do Direito Internacional no biênio 1977-1978.
5. *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*. Cambridge: Cambridge University

1 Relação atualizada até 24 de agosto de 2017.

Press (Série “Cambridge Studies in International and Comparative Law”), 1983, p. 1-445 (livro baseado na tese de Ph.D. do autor, esgotado).

6. *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*. 1ª ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1984, p. 1-285 (esgotada); 2ª ed. Atualizada. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 1-327.
7. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. 1ª ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981, p. 1-268 (esgotado).
8. *International Law for Humankind – Towards a New Jus Gentium*. 1ª ed. Leiden/The Hague: Nijhoff/The Hague Academy of International Law (Monograph Series n. 6), 2010, p. 1-726; 2nd rev. ed., 2013, p. 1-726.
9. *Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)*. The Hague/Dordrecht: M. Nijhoff, 1987, p. 1-435 (v. 202 do *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*).
10. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium – General Course on Public International Law –* Part I. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, v. 316, 2005, p. 31-439.
11. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium – General Course on Public International Law* – Part II. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, v. 317, 2005 p. 19-312.
12. *A Humanização do Direito Internacional*. 1ª ed. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2006, p. 3-409; 2ª ed. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2015, p. 3-789.

13. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos – Esencia y Trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*. 1ª ed. México: Edit. Porrúa / Universidad Iberoamericana, 2007, p. 1-1055 (1ª ed., esgotada).
14. *Esencia y Transcendencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2008)*, vs. I-III, 2ª ed. rev. México D.F.: Ed. Cámara de Diputados, 2015, v. I, p. 3-687; v. II, p. 3-439; v. III, p. 3-421.
15. *Évolution du Droit international au droit des gens – L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*. Paris: Pédone, 2008, p. 1-187.
16. *The Access of Individuals to International Justice* [2007 General Course at the Academy of European Law in Florence]. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 1-236.
17. *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional – Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 4ª ed. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2017, p. 1-441.
18. *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*. 2ª ed. Santiago de Chile: Ed. Librotecnia, 2012, p. 79-574.
19. *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2015, p. 1-507 (esgotado); 2ª ed. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2017, p. 1-467.
20. *A Visão Humanista da Missão dos Tribunais Internacionais Contemporâneos*. Haia/Fortaleza: IBDH/IIDH, 2016, p. 11-283.
21. *A Obrigação Universal de Desarmamento Nuclear*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2017, p. 41-224.

22. *The Universal Obligation of Nuclear Disarmament*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2017, p. 41-224.
23. *O Regime Jurídico Autônomo das Medidas Provisórias de Proteção*. Haia/Fortaleza: IBDH/IIDH, 2017, p. 11-245.
24. *El Principio Básico de Igualdad y No-Discriminación: Construcción Jurisprudencial*. 1ª ed. Santiago de Chile: Ed. Librotecnia, 2013, p. 39-748.
25. *Le Droit international pour la personne humaine*. Paris: Pédone, 2012, p. 45-368.
26. *La Humanización del Derecho Internacional Contemporáneo*. México: Edit. Porrúa, 2014, p. XV-XVII e 1-324.
27. *Conversación con Antônio Augusto Cançado Trindade – Reflexiones sobre la Justicia Internacional* (em forma de livro-entrevista com Emilia Bea). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 15-111.
28. *Judge A. A. Cançado Trindade – The Construction of a Humanized International Law – A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, v. I (Inter-American Court of Human Rights). Leiden: Brill/Nijhoff, 2014, p. 9-852; v. II (International Court of Justice). Leiden: Brill/Nijhoff, 2014, p. 853-1876.
29. *Direito das Organizações Internacionais*. Brasília: Escopo Ed., 1990, p. 1-521 (esgotada); 2a. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002, p. 1-795 (esgotada); 3ª ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003, p. 1-990 (esgotada); 4ª ed. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2009, p. 1-814 (esgotada); 5ª ed. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2012, p. 1-838; 6ª ed. Belo Horizonte: Edit. Del Rey, 2014, p. 1-846.

30. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, p.1-1163 (Prêmio Pontes de Miranda de 2003).
31. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 9-559.
32. *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2013, p. 7-185.
33. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013, p. 7-132.
34. *La Protección de la Persona Humana frente a los Crímenes Internacionales y la Invocación Indebida de Inmunidades Estatales*. Fortaleza: IBDH/IIDH/SLADI, 2013, p. 5-305.
35. *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)*. Fortaleza: IBDH/IIDH/SLADI, 2014, p. 13-356.
36. *A Responsabilidade do Estado sob a Convenção contra o Genocídio: Em Defesa da Dignidade Humana*. Fortaleza: IBDH/IIDH, 2015, p. 9-265.
37. *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2001, p. 9-104.
38. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1961-1981)*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1984, p. 1-353 (1ª ed. esgotada); 2ª ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012, p. 1-424.
39. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1941-1960)*. Brasília: Fundação Alexandre

de Gusmão, 1984, p. 1-365 (1ª ed. esgotada); 2ª ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012, p. 1-444.

40. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1919-1940)*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1984, p. 1-278 (1ª ed. esgotada); 2ª ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012, p. 1-388.

41. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1899-1918)*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1986, p. 1-518 (1ª ed. esgotada); 2ª ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012, p. 1-587.

42. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1889-1898)*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1988, p. 1-271 (1ª ed. esgotada); 2ª ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012, p. 1-302.

43. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Índice Geral Analítico)*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1987, p. 1-237 (1ª ed. esgotada); 2ª ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012, p. 1-284.

44. *O Direito Internacional e a Solução Pacífica das Controvérsias Internacionais*. Rio de Janeiro: Sindicato dos Bancos do estado do Rio de Janeiro, 1988, p. 3-135 (ed. experimental, esgotada).

45. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos (Coletânea de Ensaios)*. Rio de Janeiro: Sindicato dos Bancos do estado do Rio de Janeiro, 1988, p. 7-280 (ed. experimental, esgotada).

46. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, p. 1-742 (esgotado).

47. *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras* (ed.). San José de Costa Rica/Brasília: IIDH/Fundação F. Naumann, 1992, p. 1-358 (esgotado).
48. *Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente/Human Rights, Sustainable Development and the Environment/Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente* (ed.). San José de Costa Rica/Brasília: IIDH/BID, 1992, p. 1-356 (1ª ed. esgotada); 2ª ed. San José de Costa Rica/Brasília: IIDH/BID, 1995, p. 1-414 (2ª ed. esgotada).
49. *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*. Porto Alegre: S. A. Fabris Ed., 1993, p. 1-351 (esgotado).
50. *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en America Latina y el Caribe (Reunión Regional de America Latina y el Caribe Preparatoria de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Naciones Unidas)*. San José de Costa Rica: IIDH/CEE, 1993, p. 1-137 (1ª ed. esgotada); e In: ONU, doc. A/CONF.157/PC/63/Add.3, de 18/3/1993, p. 9-137 (2ª ed. esgotada).
51. *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro* (ed.). San José de Costa Rica/Brasília: IIDH/ACNUR/CICV/CUE, 1996, p. 1-845 (1ª ed. esgotada); 2ª ed. San José de Costa Rica/Brasília: IIDH/ACNUR/CICV/CUE/ASDI, 1996, p. 1-845 (2ª ed. esgotada).
52. *As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana* (em coautoria com G. Peytrignet e J. Ruiz de Santiago). Brasília/San José de Costa Rica: IIDH/ACNUR/CICV, 1996, p. 1-289 (esgotado).

53. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas*. 1ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília (Edições Humanidades), 1998, p. 1-208 (1ª ed. esgotada); 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília (Edições Humanidades), 2000, p. 1-214.
54. *A Sociedade Democrática no Final do Século* (em coautoria com M. Faro de Castro). Brasília: Paralelo 15, 1997, p. 7-255 (esgotado).
55. *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI* (em coautoria com Jaime Ruiz de Santiago). San José de Costa Rica: ACNUR, 2001, p. 9-421 (1ª ed; esgotada; reimpressão, 2002); San José de Costa Rica: ACNUR, 2003, p. 7-764 (2ª ed.); San José de Costa Rica: ACNUR, 2004, p. 17-1212 (3ª ed.); San José de Costa Rica: ACNUR, 2006, p. 21-1284 (4ª ed.).
56. *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección* (Relator: A. A. Cançado Trindade), v. II. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, p. 1-669 (1ª ed.). San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p. 1-1015 (2ª edição).
57. *Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana* (em coautoria com G. Peytrignet e J. Ruiz de Santiago). México: Ed. Porrúa/ Univ. Iberoamericana, 2003, p. 1-169.
58. *O Direito Internacional e o Primado da Justiça* (em coautoria com A.C. Alves Pereira). Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014, p. 1-363.

59. *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional*, v. I (em coautoria com A. Martínez Moreno). San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p. 5-64 (esgotado).
60. *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional*, v. II (em coautoria com F. Vidal Ramírez). San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p. 5-66 (esgotado).
61. *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty* (1985-1990 – Pareceres de A. A. Cançado Trindade), v. VIII (org. A. P. Cachapuz de Medeiros). Brasília: Ministério das Relações Exteriores/Senado Federal, 2004, p. 7-679 (esgotado).
62. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (em coautoria com M. E. Ventura Robles), 3ª ed. rev. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 7-629.
63. *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI* (em coautoria com J. Ruiz de Santiago). 3ª ed. San José de Costa Rica: ACNUR, 2004, p. 23-1284.
64. *Derecho Internacional y Derechos Humanos / Droit international et droits de l'homme* (em coordenação com D. Bardonnet e R. Cuéllar) (Libro Conmemorativo de la XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de la Haya). 2ª ed. San José C.R./Haia, 2005, p. v-viii e 7-322.

E cerca de 735 outros trabalhos publicados entre monografias, ensaios, contribuições a livros e coletâneas, *mélanges/Festschriften* e artigos, publicados em numerosos países e distintos idiomas.